Die Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache ohne Urteil mit besonderer Berücksichtigung der Prozesskostenerstattungspflicht

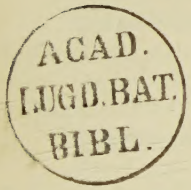
---

Inauguraldissertation

verfasst und der

hohen rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Kgl. Bayer. Julius-Maximilians-Universität Würzburg zur Erlangung der Rechts- und staatswissenschaftlichen Doktorwürde

vorgelegt von



Hubert Gürten
aus Dann

Druck von W. Kohlhammer in Stuttgart
1914

Referent:
Professor Dr. A. Mendelssohn Bartholdy.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

1. Kapitel: Begriff der Erledigung. Die fiktive Erledigung des § 628 ZPO. und ihre analoge Ausdehnungsmöglichkeit 1
2. Kapitel: Die Erledigungserklärung.
   1. Der Begriff der echten Erledigungserklärung im Gegensatz zur Klagerücknahme und zum Verzicht 12
   2. Ihre wahre Bedeutung und prozessrechtliche Struktur . . . 17
   3. Ihre Wirkung insbesondere mit Bezug auf die Rechtshängigkeit der Hauptsache 25
   4. Zweiseitige und einseitige Erledigungserklärung 26
3. Kapitel: Die Kostenerstattungspflicht bei fiktiver Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache 29
4. Kapitel: Die einzelnen Erledigungstatsachen, insbesondere die Aufrechnung seitens des Beklagten und die Einwirkung der Aufhebung des Konkursverfahrens auf Anfechtungs- und ähnliche Konkursprozesse 43
5. Kapitel: Die Anwendbarkeit der sonstigen Bestimmungen des 5. Titels der ZPO. insbesondere des § 93 bei fiktiver Erledigung des Rechtsstreits 54
6. Kapitel: Der Wortlaut der Entscheidung und ihre Bedeutung. Die zulässigen Rechtsmittel 59
7. Kapitel: Die Erledigungserklärung und die fiktive Erledigung des Rechtsstreits in der Berufungs- und Revisionsinstanz und nach Erlass eines Versäumnisurteils 63
8. Kapitel: Schlussbetrachtung. Kurze Zusammenfassung der gewonnenen Ergebnisse 74

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549815_0108

Literaturangabe.

I. Systematische Darstellungen. Lehrbücher des deutschen Zivilprozessrechts.

1. Konrad Hellwig, 1903—1909. 3 Bände.
2. Richard Schmidt, 2. Aufl. 1910.
3. J. W. Planck, 1896. 2 Bände.
4. Heilfron-Piek, 2. Aufl. 1910.
5. Weismann, 1903. 2 Bände.
6. Hermann Fitting, 12. und 13. Aufl. 1907.
7. A. Engelmann, 3. Band aus „Geschichte und System des Zivilprozesses". Breslau. 1901.
8. Friedrich Hellmann, 1886. München.
9. Kleinfeller, 1910.
10. Rintelen, 1. Band aus „Systematische Darstellung des gesamten neuen Prozessrechts. 1881.
11. A. Wach, 1881.

II. Kommentare zur Reichs-Zivilprozessordnung.

12. Gaupp-Stein, 10. Aufl. 1911.
13. Skonietzky-Gelpcke, 1911.
14. Förster-Kann, 3. Aufl. 1910—1912. 1. Band, 1.—4. Lieferung.
15. Sydow-Busch, 12. Aufl. 1910.
16. Struckmann-Koch, 1910. 9. Aufl.
17. Warneyer, 3. Aufl. 1910.
18. v. Seuffert, 11. Aufl. 1910.
19. Petersen-Remelé-Anger, 5. Aufl. 1904.
20. Neukamp, 2. Aufl. 1911.
21. Reincke-Wienstein, 6. Aufl. 1910.
22. Delius. 1910.
23. v. Wilmowski-Levy, 4. Aufl. 1884.
24. v. Wilmowski, Kommentar zur Konkurs-Ordnung. 5. Aufl.
25. Jäger, Kommentar zur Konkursordnung. 2. Aufl.

III. Abhandlungen.

26. Mannherz, Die Entscheidung über die Kosten nach Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache. GruchB. 49, 66 ff.
27. Lazarus, Die Erledigung der Hauptsache im Zivilprozess. GruchB. 52, 593 ff.
28. Pfizer, Zur Lehre von der Prozesskostenersatzpflicht. GruchB. 30, 98 ff.

29. Salinger, Die Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache. GruchB. 47, 81 ff.
30. Ederheimer, Über die Verpflichtung zur Tragung der Kosten bei Erledigung der Hauptsache nach Zustellung der Klage. Busch's Zeitschr. f. d. Zivilprozess 31, 61 ff.
31. Gerson, Die Erledigung des Klaganspruchs während des Prozesses. Buschs Z. 19, 262 ff.
32. Schlichter, Verfahren bei Zahlungseinrede im Verhandlungstermin. Buschs Z. 26, 499.
33. Gmelin, Prozesskostenpflicht bei Erledigung der Hauptsache. Recht 1907. Spalte 1290 ff.
34. Hahn, Beschränkung des Klagantrags. GruchB. 30, 517 ff.
35. Stölzel, Schulung für die zivilistische Praxis. 3. Aufl. 1902 Bd. 2. S. 28 ff.
36. Oster, Über die Kostenerstattungspflicht der Partei im Rechtsstreit. Diss. Dresden 1909.
37. Grosse, Die Erledigung des Rechtsstreits ohne Urteil. Diss. Berlin 1907.
38. K. Hellwig, Prozesshandlung und Rechtsgeschäft. Breslau 1910.
39. J. Kohler, Der Prozess als Rechtsverhältnis. Mannheim 1888.
40. Blanckmeister, Kann die Verurteilung zur Tragung der Kosten eines Rechtsstreits nach Wegfall der Hauptsache aus einem neuen selbständigen Rechtsgrund gefordert werden? Recht 1908. 351 ff.
41. Gerlach, Über den Begriff des sofortigen Anerkenntnisses. Buschs Z. 20, 156 ff.
42. Anspruch und Klagrecht. K. Hellwig. 1900.
43. Konkurs- und konkursrechtliche Fragen aus der Praxis. Karl Meyer. Jur Wochenschr. 33. Jahrgang 1904. 27 ff.
44. W. Voigt, Der Einfluss des Konkurses auf die schwebenden Prozesse des Gemeinschuldners. Diss. Leipzig 1903.

1. Kapitel.

Begriff der Erledigung. Die fiktive Erledigung des § 628 ZPO. und ihre analoge Ausdehnungsmöglichkeit.

Wenn Lazarus in seinem ausführlichen Aufsatz über die Erledigung der Hauptsache im Zivilprozess behauptet, die Prozessordnung kenne die Begriffe der Erledigung und Erledigungserklärung nicht, so ist diese Behauptung in einer solch allgemeinen Form zweifellos nicht richtig. Zunächst begegnet in zahlreichen Gesetzesstellen der Ausdruck Erledigung. Man lese nur die Paragraphen 47, 48, 99 [2], 149, 151, 152, 160 und viele andere. Selbst wenn der genannte Verfasser mit Grosse dem Worte nur seine Bedeutung als technisch-juristischen Begriff hat absprechen wollen, mit dem sich eine fest umgrenzte, im Gesetz selbst fixierte Vorstellung nicht verbinde, so ist auch dieser Auffassung nicht beizutreten. Allerdings, eine wörtliche Definition gibt das Gesetz nicht. Der Begriff lässt sich aber aus dem allgemeinen Sprachgebrauch in Verbindung mit seiner gesetzestechnischen Anwendung eindeutig bestimmen. Man vergleiche nur folgende Gesetzesstellen: § 47 spricht von Erledigung eines Ablehnungsgesuchs, § 400 von Erledigung einer Beweisaufnahme durch den ersuchten oder beauftragten Richter, § 524 von Erledigung eines Einspruchs, § 160 von Erledigung eines Anspruchs durch Anerkenntnis, Verzichtleistung oder Vergleich, die §§ 151, 152 endlich von Erledigung einer Klage bzw. eines Rechtsstreits. In allen Fällen ist unter „erledigt sein" doch nur zu verstehen, dass eine Prozesshandlung ihren Abschluss gefunden habe, weil der Zweck derselben, die ihr innewohnende Intention ihres letzten Veranlassers, erfüllt ist, insbesondere in Anwendung auf die letzterwähnten Fälle, dass die Klage gegenstandslos geworden, der Rechtsstreit erloschen sei. Das Gesetz versteht also unter Erledigung eines Rechtsstreits ein Erlöschen desselben, so dass er für alle Zukunft aus der Welt

geschafft ist, also nicht nur eine Unterbrechung oder ein Ruhen des Prozessverfahrens. Dort nun, wo das Gesetz von Erledigtsein eines Rechtsstreits spricht, hat es zumeist den Normalfall der Erledigung durch Urteil im Auge. Entweder wird der Kläger abgewiesen oder der Beklagte zu einer Leistung verurteilt, bei der Feststellungsklage das streitige Rechtsverhältnis für existent oder nicht existent erklärt, bei der Rechtsgestaltungsklage ein neuer Rechtszustand geschaffen bzw. durch Abweisung der Klage der frühere als zu Recht bestehend erhärtet. Ausser dem Urteil kennt die Prozessordnung aber auch noch andere prozessuale Handlungen, die ein Erlöschen des gegenwärtigen Rechtsstreits herbeiführen, so die Zurücknahme der Klage und den Vergleich. Erstere hat gleichfalls eine Auflösung des Prozessrechtsverhältnisses zur Folge. Nur geht die Wirkung, die das Gesetz an diese Tatsache der Auflösung anknüpft, weit über die einer Erledigung, eines Erlöschens hinaus, weshalb auch das Gesetz hier den Ausdruck Erledigung, „als erledigt anzusehen", vermeidet. Hier soll vielmehr im Wege der Fiktion der Rechtsstreit als gar nicht anhängig geworden anzusehen sein, so dass also auch alle materiell- und prozessrechtlichen Wirkungen der Klagerhebung fortfallen, mithin der Erledigung durch Klagerücknahme rückwirkende Kraft beigelegt ist. Auch bezüglich der Kosten bleibt der Rechtsstreit nicht anhängig. Der Kläger hat als ipso-iure-Folge der Klagerücknahme die Kosten zu tragen, und nur auf Antrag des Beklagten ist rein formell noch diese Verpflichtung durch Urteil auszusprechen.

Der Vergleich hat dieselbe Wirkung wie das Urteil. Er erledigt den Rechtsstreit schlechthin, wie die Terminologie des Gesetzes in § 98 ausdrücklich lautet. Auch hier ist zugleich mit dem Streit über die Hauptsache der Kostenstreit erledigt; denn haben die Parteien nicht auch vergleichsweise eine besondere Vereinbarung über ihre Verteilung getroffen, sollen dieselben als gegeneinander aufgehoben anzusehen sein.

Endlich haben auch prozessuale Anerkenntnisse und Verzichte eine ähnliche Wirkung. Es wird dadurch, wie § 160

Ziff. 1 ZPO. sagt, der geltend gemachte Klaganspruch erledigt, also dadurch ein Erlöschen des Rechtsstreits im Umfange des Anerkenntnisses oder Verzichtes herbeigeführt, und nur auf Antrag des Klägers oder des Beklagten ergeht eine ausdrückliche Entscheidung des Richters, die den Beklagten dem Anerkenntnis gemäss verurteilt oder bei Verzicht die Klage abweist. Aber auch ohne Antrag ruht nicht etwa der Rechtsstreit; er ist vielmehr, da das Gericht nun nicht befugt ist, eine Entscheidung zu fällen, ohne weiteres als in der Hauptsache erledigt zu betrachten. Nur über die Kosten hat das Gericht auch ohne Antrag zu erkennen. § 308, 2 ZPO.

Neben der Erledigung eines Rechtsstreits durch Urteil und Urteilssurrogat, also insbesondere durch Vergleich, kennt die Prozessordnung seit der Novelle vom Jahre 1898 noch eine fiktive Erledigung des Rechtsstreits. Wissenschaft und Rechtsprechung haben aber den Begriff der fiktiven Erledigung bereits früher entwickelt, und die Novelle hat ihn dann anerkannt. Zunächst setzt der § 99, III ganz allgemein die Möglichkeit der Erledigung eines Rechtsstreits ohne Urteil voraus, indem er bestimmt, dass, wenn eine Entscheidung in der Hauptsache nicht ergangen sei, das isolierte Kostenurteil selbständig mit der sofortigen Beschwerde angefochten werden könne. Ausdrücklich aber erwähnt die fiktive Erledigung der § 628, welcher bestimmt, dass, wenn im Eheprozesse einer der Ehegatten vor der Rechtskraft des Urteils stirbt, der Rechtsstreit in Ansehung der Hauptsache als erledigt anzusehen ist. Zu betonen ist, dass sich das Gesetz einer Fiktion bedient; es heisst nicht, dass der Rechtsstreit erledigt sei, sondern nur, dass er als erledigt anzusehen sei. Durch diese Terminologie will das Gesetz andeuten, dass nach wie vor nur die Erledigung durch Urteil als wirkliche prozessuale Erledigung eines Rechtsstreits zu gelten habe, aber in Ausnahmefällen eine Fiktion dahin zulässig sei, dass ein Rechtsstreit auch ohne Urteil als erledigt angesehen werden müsse. Für den Fall des § 628 schreibt das Gesetz dies ausdrücklich vor. Es erhebt sich nun sofort die Frage nach der Ausdehnungsmöglichkeit des hier aufgestellten

Prinzips auf analoge Fälle. Es darf wohl ohne weiteres mit der übereinstimmenden Ansicht aller Autoren, die über diese Frage geschrieben haben, angenommen werden, dass § 628 nicht nur eine singuläre Vorschrift enthält, sondern dass ihr grundsätzliche Bedeutung zukommt. Über die Grenzen der analogen Ausdehnungsmöglichkeit herrscht allerdings lebhafter Streit. Das Gesetz selber hat die in § 628 niedergelegte Norm nur noch bei Statusprozessen ausdrücklich für anwendbar erklärt. Durch den Tod einer der Parteien soll auch hier der Rechtsstreit als erloschen angesehen werden. Weitere Fälle einer fiktiven Erledigung erwähnt das Gesetz nicht. Aber der Rechtsgedanke, der in den genannten Gesetzesstellen zum Ausdruck kommt, ist ein so natürlicher und selbstverständlicher, dass er geradezu zur analogen Ausdehnung zwingt. Durch den Tod eines der Ehegatten wird die Ehe aufgelöst. Sie kann also nicht noch einmal durch richterliches Urteil als Folge einer Scheidungs-, Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklage aufgelöst werden. Ebensowenig kann noch eine Verurteilung zur Herstellung des ehelichen Lebens ergehen. Der Rechtsgestaltung durch Urteil ist bereits durch Eintritt eines kasuellen Ereignisses vorgegriffen worden, und dem in der Klage geltend gemachten Anspruch dadurch die vernünftige und reale Grundlage entzogen. Deshalb bestimmt das Gesetz, dass der Rechtsstreit in der Hauptsache als erledigt angesehen werden soll. In Ansehung der Kosten wird er jedoch mit den Erben des Verstorbenen weitergeführt. Genau so ist's bei den Statusprozessen. Durch den Tod z. B. des Kindes wird dessen Rechtspersönlichkeit vernichtet. Es wäre also sinnlos, noch das Kindesverhältnis, überhaupt den Familienstand einer nicht existenten Persönlichkeit durch Urteil feststellen zu wollen.

Ausser den im Gesetz ausdrücklich genannten Fällen lassen sich aber noch zahlreiche andere Möglichkeiten denken, in denen in ähnlicher Weise die Rechtsgestaltung durch richterliche Entscheidung infolge irgendwelcher äusserer Umstände ihren vernünftigen Inhalt verlieren würde. Grosse will nun aber den Rechtsgedanken des § 628 nicht so verallgemeinert wissen, dass,

wenn ein Rechtsverhältnis bei Anstellung der Klage bestanden habe, und nachträglich, also im Laufe des Rechtsstreits vernichtet werde, der Prozess in der Hauptsache von selber ende und also nur mehr ein Kostenurteil ergehen könne. Vielmehr dürfe dies nur dann angenommen werden, wenn mangels einer materiellen Rechtsnachfolge es weiterhin an einem Prozesssubjekt fehle, dem gegenüber eine Entscheidung getroffen werden könnte, insbesondere also bei allen höchstpersönlichen, unvererblichen Rechten. So erledige sich z. B. der Rechtsstreit über einen Niessbrauch, ein Leibrentenbezugsrecht oder eine beschränkt persönliche Dienstbarkeit durch den Tod des Berechtigten, der Streit über ein Persönlichkeitsrecht durch den Tod seines Trägers, der Streit über den Inhalt eines Werkvertrags durch den Tod des Verpflichteten, falls der Werkvertrag eine individualisierte Arbeitsleistung zum Gegenstand gehabt habe; regelmässig auch erledigten sich die Prozesse über eine Dienstleistung oder eine Geschäftsbesorgung durch den Tod des Verpflichteten, nämlich bei Verpflichtung zu persönlicher Dienstleistung.

Dem Tode einer natürlichen Person sei gleich zu erachten der ersatzlose Wegfall einer juristischen Person, z. B. beim Rechtsstreit über das Mitgliedschaftsrecht einer Korporation.

Ausser dem ersatzlosen Wegfall einer Partei ziehe noch die Vereinigung der Parteirollen in einer Person infolge Universal- oder Singularsukzession oder, z. B. bei Fusion zweier Aktiengesellschaften, das Erlöschen des Prozesses nach sich, da es einen Prozess mit nur einer Partei nicht gebe, indem ein Rechtsstreit zwei Parteien mit einander divergierenden Interessen voraussetze.

Insoweit ist Grosse unzweifelhaft zuzustimmen. Wenn er damit jedoch das prozessuale Prinzip des § 628 für erschöpfend festgestellt erachtet, seine Norm einer weiteren Ausdehnung nicht für fähig hält, also eine Erledigung auf Grund sonstiger ausserprozessualer Tatsachen nicht anerkennen will, so ist ihm hierin nicht beizupflichten.

Solche Tatsachen, die allerdings nur unter einer bestimmten Voraussetzung gleichfalls eine fiktive Erledigung des Rechts-

streits herbeizuführen imstande sind, können wiederum recht verschiedener Art sein. Ihnen allen gemeinsam ist aber, dass hier nicht, wie oben, der Repräsentant des Anspruchs wegfällt und dadurch auch der Anspruch selbst vernichtet wird, weil er untrennbar mit seinem Träger verknüpft war, sondern nur der Anspruch erlischt, indem er entweder vollkommen untergeht oder nur von seinem bisherigen Träger losgelöst wird. Im übrigen lassen sich diese Fälle in zwei grosse Gruppen einteilen; entweder wird der Klaganspruch zum Erlöschen gebracht durch Erfüllung, sei es seitens des Beklagten oder eines Dritten, mit oder ohne Anerkennung des Klaganspruchs, oder durch ein sonstiges Ereignis. Dieses kann unabhängig vom Parteiwillen eintreten, z. B. durch Gesetzesänderung, zufälligen Untergang des Streitgegenstandes, Erlöschen eines Patentes oder Musterschutzes, oder durch freiwillige Handlung einer der Parteien, z. B. Vernichtung oder Veräusserung der Streitsache.

All diese Tatsachen führen aber nicht durch die Veränderung der ausserprozessualen Rechtslage allein schon eine Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache herbei. Diese ist erst die Folge einer prozessualen Handlung der Parteien, nämlich der Erledigungserklärung in der mündlichen Verhandlung. Es ist also streng zu unterscheiden zwischen dem Erlöschen des materiellen Anspruchs, als der ausserprozessualen materiellen Erledigung, und der Erledigungserklärung beider oder nur einer der Parteien in der mündlichen Verhandlung. Letztere allein hat prozessuale Bedeutung. Sie stützt sich aber, soll eine e c h t e Erledigungserklärung zum Unterschied von Klagrücknahme und Verzicht angenommen werden, auf die ausserprozessuale materielle Erledigung des Anspruchs als ihre reale Grundlage. Beides hat dann die formelle Erledigung der Klage, das Erlöschen des Rechtsstreits in der Hauptsache ohne Urteil zur Folge; derselbe ist nach Analogie des § 628 als erledigt anzusehen.

Grosse verneint, wie bereits ausgeführt, die Anwendungsmöglichkeit des in § 628 ausgesprochenen Grundsatzes auf die zuletzt aufgezählten Fälle. Im übrigen aber gebe es keine Be-

stimmung des Gesetzes, woraus hier das Erlöschen des Prozesses abzuleiten wäre. Diese Tatbestände müssten also nach den allgemeinen Grundsätzen der Zivilprozessordnung gewürdigt werden. Er wirft der herrschenden Meinung vor, dass sie auf Grund von Billigkeitserwägungen das Gesetz beuge, indem sie wegen des Wortlauts des § 91 ZPO. eine Klagabweisung zu umgehen suche, damit man dem Beklagten die Kosten des Rechtsstreits auferlegen könne, was nach der herrschenden Lehre eben nur im Falle der Erledigungserklärung, also der Beendigung des Rechtsstreits ohne klagabweisendes Urteil möglich sei. Man komme aber auch bei Klagabweisung durch Verwertung des § 93 ZPO. zu demselben billigen Ergebnis in der Kostenfrage. Sei nämlich die Klage bei Anstellung begründet gewesen und erkenne der Kläger die eingetretene Unbegründetheit sofort an, so müsse der Beklagte trotz seines Sieges in die Kosten verurteilt werden. Zudem stelle die herrschende Lehre zu sehr das einseitige Interesse des Klägers in den Vordergrund, während doch das Interesse des Beklagten die gleiche Berücksichtigung verdiene, welches dahin gehe, dass die Unbegründetheit des Anspruchs festgestellt werde. Ob aber der Anspruch schon bei Erhebung der Klage unbegründet gewesen sei, oder erst im Laufe des Rechtsstreits unbegründet werde, sei für die prozessual-formelle Behandlung der Fälle bedeutungslos. Stets müsse eine Abweisung der Klage erfolgen, deren Notwendigkeit die herrschende Lehre aber nur für den ersteren Fall unbedingt bejahe.

Richtig ist, dass nicht Billigkeitserwägungen allein eine Entscheidung tragen dürfen. Dieselbe muss sich vielmehr in erster Linie auf den positiven Gesetzesinhalt stützen. Nun kann aber das Gesetz nicht alle im Rechtsleben vorkommenden Tatbestände und denkbaren Möglichkeiten kasuistisch aufzählen und ordnen; es muss sich im allgemeinen auf die Aufstellung prinzipieller Normen beschränken. Diese können nun wieder in allgemeiner, mehr abstrakter Fassung zum Ausdruck gebracht werden, oder inzidenter ausgesprochen sein in Vorschriften, die sich zunächst und unmittelbar auf konkrete Fälle beziehen, aber

infolge des Wortlauts der betreffenden Gesetzesstelle oder ihrer natur- und vernunftgemässen Grundlage eine Ausdehnung auf verwandte Fälle gestatten, ja vom Gesetzgeber als gewollt erscheinen lassen. Dies ist aber das Wesen der Analogie als einer Gesetzesanwendung auf ähnliche Tatbestände.

Es ist nun nicht einzusehen, weshalb die Norm des § 628 ZPO., deren grundsätzliche Bedeutung doch auch Grosse anerkennt, nicht auch dann Anwendung finden soll, wenn der Klaganspruch ohne ersatzlosen Fortfall ihres Trägers erlischt, und sein Erlöschen vom Kläger oder dem Beklagten geltend gemacht wird. Grosse beschränkt sich auch lediglich auf die Aufstellung seiner Behauptung; eine nähere positive Begründung gibt er nicht. Wenn aber einmal die auf einen konkreten Fall abgestellte Bestimmung des § 628 auf ein allgemeines Prinzip zurückgeführt, auf eine grundsätzliche Formel gebracht werden soll, so kann diese doch nur so lauten: In allen Fällen, in denen der Klaganspruch erloschen ist, sei es durch ersatzlosen Fortfall seines Trägers oder durch Wegfall einer wesentlichen Klagvoraussetzung entweder durch Erfüllung oder infolge irgendeines kasuellen Ereignisses, so ist damit auch der Rechtsstreit vom Richter als erledigt anzusehen. Diese Fiktion wird aber dem Richter nur dadurch ermöglicht, dass die Erledigung auch zu seiner Kenntnis gelangt, und zwar mit Wissen und Willen der Parteien unter Abänderung ihrer ursprünglichen Klaganträge. In den Fällen, wo der Repräsentant des Anspruchs wegfällt, oder Recht und Pflicht sich in einer Person vereinigen, wirkt die materielle Erledigung direkt auf den Prozess ein, da sie auch sofort nach aussen in die Erscheinung tritt; sie hat also zugleich unmittelbare prozessuale Bedeutung. In den übrigen zahlreichen Fällen einer materiellen Erledigung tritt die fiktive prozessuale Erledigung erst unmittelbar ein als Folge der Erledigungserklärung.

Dass dem § 628 allgemeine Bedeutung im weitesten Sinne zukommt, erhellt auch aus § 13 Abs. 2 Satz 4 des Reichsanfechtungsgesetzes vom 20. Mai 1898. Ist hiernach während eines Anfechtungsstreites das Konkursverfahren über das Ver-

mögen des Schuldners eröffnet worden, und lehnt der Konkursverwalter die Aufnahme des Rechtsstreits ab, so kann derselbe im Kostenpunkt von jeder Partei aufgenommen werden. Er ist demnach in der Hauptsache als erledigt anzusehen. Letzteres bestimmt das Gesetz nicht ausdrücklich, es ist aber selbstverständlich, wie umgekehrt im § 628 ZPO. das Gesetz nur sagt, dass der Rechtsstreit in der Hauptsache als erledigt anzusehen sei; daraus erhellt aber ohne Zweifel, dass der Kostenstreit seinen Fortgang nehmen solle, und zwar mit den Erben des Verstorbenen. Gerade die verschiedene willkürliche Fassung beider Gesetzesbestimmungen beweist aber, dass der Gesetzgeber im Falle des § 13, 2 [4] RAnfG. die fiktive Erledigung als eine so natürliche, aus der Sachlage von selbst sich ergebende Folge ansah, dass er es nicht einmal für notwendig hielt, dies besonders auszusprechen, sondern sich auf den Ausspruch bezüglich Wiederaufnahme des Kostenstreits beschränkte. Vor allem aber ist der Tatbestand des § 13 RAnfG. insofern anders gelagert, als hier der Repräsentant des Anspruchs fortexistiert, und nur der Anspruch vom bisherigen Träger, dem Gläubiger, losgelöst und auf den Konkursverwalter übertragen wird, der nunmehr allein noch befugt ist, das Anfechtungsrecht — nach den Vorschriften der Konkursordnung — auszuüben. Darin aber liegt die ausdrückliche Anerkennung der fiktiven Erledigung auch über den engen Kreis des § 628 hinaus. Endlich hat das Gesetz in § 99 III ZPO. eine Erledigung der Hauptsache ohne Urteil dadurch ganz allgemein anerkannt, dass das isolierte Kostenurteil mit einem besonderen Rechtsmittel, der sofortigen Beschwerde, anfechtbar sein soll.

Also nicht der Wortlaut des § 91 ist die Veranlassung, auch in d e n Fällen, wo der Klaganspruch lediglich durch Fortfall einer wesentlichen Klagvoraussetzung vernichtet wird, eine Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache ohne Urteil anzunehmen. Auch wird nicht durch die Annahme einer fiktiven Erledigung das Interesse des Klägers zu einseitig betont; denn es hat doch nicht infolge der Erledigung der Beklagte ohne weiteres die Prozesskosten zu tragen, wie etwa bei

Klagrücknahme der Kläger; vielmehr wird darüber in einem hypothetischen Urteil zur Hauptsache entschieden. Und wäre der Kläger in der Hauptsache unterlegen, so werden ihm nunmehr auch die Kosten des im übrigen erledigten Rechtsstreits auferlegt. Dagegen wäre es im höchsten Masse unbillig, die Klage unter Kostenfolge abzuweisen, wenn z. B. der Beklagte im Laufe des Rechtsstreits sich freiwillig zu zahlen entschliesst oder sonst erfüllt — er zieht während eines Räumungsprozesses aus, ohne seine sichere Verurteilung abzuwarten. Denn seinen Klagantrag aufrecht halten kann der Kläger auch nicht, denn er müsste dann erst recht abgewiesen und gleichfalls in die Kosten verurteilt werden. Es muss ihm also gestattet sein, in solchen Fällen, in denen infolge eines nachträglichen Ereignisses der materiellrechtliche Anspruch wegfällt, und somit der Klagantrag in der Hauptsache seines vernünftigen Inhalts beraubt wird, denselben fallen zu lassen, auch ohne dass er damit a priori aus rein prozessual-formalen Gründen die Pflicht der Kostentragung übernimmt, zum mindesten dann, wenn der Klaganspruch durch Erfüllung erlischt, oder das spätere Ereignis ohne sein Verschulden eingetreten ist. Es kann doch der Kläger nicht auch dann zur unbedingten Kostentragung wie im Fall der Klagrücknahme verpflichtet sein, wenn er durch die Leistung des Beklagten das erreicht, was er mit der Klage bezweckte, also im Wege staatlichen Rechtsschutzes erreichen wollte und auch erreicht hätte, wenn nicht dieses Endergebnis durch die nachträgliche freiwillige Erfüllung seitens des Beklagten vorweggenommen worden wäre. Auch hat der Kläger auf eine solche vorzeitige Beendigung des Prozesses gar keinen Einfluss, und in der Praxis wird nur allzu häufig die „freiwillige“ Erfüllung nach Klagerhebung auf diese als Ursache zurückzuführen sein. Zudem bezweckt doch der moderne Rechtsstaat mit seinen prozessualen Vorschriften unter Beseitigung der Selbsthilfe und Verweisung des Rechtsuchenden auf den Weg der Inanspruchnahme staatlichen Schutzes, diesen Schutz auch in möglichst vollkommener, den Gläubiger befriedigenden Weise zu gewähren. Es hiesse aber diesen Schutz dem

Gläubiger versagen, wenn man ihn in die Kosten eines Rechtsstreits verurteilen wollte, den er mit Fug und Recht zur Durchsetzung eines wohlbegründeten Anspruchs begonnen hat, den er aber in der Hauptsache nur deshalb nicht durchführen kann, weil der Schuldner durch nachträgliche Erfüllung der Rechtsgestaltung durch Urteil zuvorgekommen ist oder ein kasuelles Ereignis dieselbe unmöglich gemacht hat. Die analoge Ausdehnung des § 628 findet also auch eine Stütze in den elementarsten Grundsätzen der Prozessordnung. Der Auffassung aber, es könne in solchen Fällen durch analoge Anwendung des § 93 ZPO. ein billiges Ergebnis herbeigeführt werden, ist um deswillen nicht beizutreten, weil der § 93 eine Ausnahmevorschrift von dem in § 91 ZPO. aufgestellten allgemeinsten Kostengrundsatz darstellt, so dass seine analoge Anwendung infolge seines Charakters als Ausnahmevorschrift unbedingt versagt.

Wenn endlich Grosse ausführt, es werde den während des Prozesses in die Erscheinung tretenden rechtsvernichtenden Tatsachen mit Unrecht eine den Anspruch erledigende Wirkung beigelegt, mit der Begründung, die herrschende Lehre verkenne den Begriff Anspruch, da Anspruch im Sinne der ZPO. kein wirklich vorhandenes Recht, sondern nur die Behauptung eines solchen bedeute, so übersieht er dabei, dass die Gegenseite den Klaganspruch noch gar nicht mit Eintritt der ausserprozessualen rechtsvernichtenden Tatsachen erledigt sein lässt, sondern wohl unterscheidet zwischen der materiellen Erledigung des Anspruchs durch ein ausserprozessuales Ereignis und der prozessualen Erledigung des Klaganspruchs durch ein rein prozessuales Ereignis, nämlich die Erledigungserklärung. Diese führt erst die fiktive Erledigung des Rechtsstreits und damit des in der Klage geltend gemachten Anspruchs herbei.

2. Kapitel.

Die Erledigungserklärung.

1. Der Begriff der echten Erledigungserklärung im Gegensatz zur Klagrücknahme und zum Verzicht.

Um seinen Willen, eine fiktive Erledigung des Rechtsstreits herbeizuführen, dem Gerichte gegenüber zu bekunden, kann sich der Kläger verschiedener Ausdrucksmittel bedienen. Er lässt z. B. während des Prozesses seinen Klagantrag zur Hauptsache fallen und beschränkt ihn auf die Kosten, oder er erklärt, der Rechtsstreit sei in der Hauptsache erledigt, und bittet nur noch um ein Kostenurteil, oder endlich er ändert seinen ursprünglichen Klagantrag dahin ab, den Rechtsstreit für erledigt zu erklären und den Beklagten mit den Kosten zu belasten.

Über die Bedeutung einer solchen Erklärung und ihre prozessrechtliche Struktur herrscht lebhafter Streit.

Ederheimer will eine solche ausdrückliche oder stillschweigende Erledigungserklärung stets als Klagrücknahme gedeutet wissen. Für den Antrag, die Hauptsache als erledigt anzusehen, könne überhaupt nur eine doppelte Bedeutung in Frage kommen. Entweder beabsichtige der Kläger eine Sachentscheidung überhaupt nicht mehr, oder es handle sich um einen auf richterliche Feststellung gerichteten Sachantrag im Sinne des § 256 ZPO. Da aber für eine Feststellungsklage die gesetzlichen Voraussetzungen fehlten, insbesondere das rechtliche Interesse an der Feststellung, so könne die Abänderung des Antrags nur als Klagrücknahme aufgefasst werden. § 271 schreibe für dieselbe eine Form nicht vor, sie könne also auch stillschweigend erfolgen dadurch, dass der Kläger einen auf eine Sachentscheidung gerichteten Antrag nicht mehr stelle, sondern nur erkläre, die Hauptsache sei erledigt. Der sich an-

schliessende Antrag des Gegners, gleichfalls die Hauptsache für erledigt zu erklären, bedeute nichts weiter, als die vom Gesetz geforderte Einwilligung in die Klagrücknahme. Wenn § 271 auf diejenigen Fälle nicht anwendbar sei, wo die Klage ursprünglich begründet gewesen sei, dann habe er überhaupt keinen Sinn. Insbesondere sei aber folgende Erwägung ausschlaggebend: Diejenige Meinung, die die Erledigungserklärung nicht als Klagrücknahme deute, wolle die Kosten derjenigen Partei auferlegen, die im hypothetischen Urteil unterliege. Wenn aber § 91 schon sage, dass bei Unbegründetheit der Klage der Kläger die Kosten zu tragen habe, dann sei Abs. 3 des § 271 überflüssig, der doch auch bestimme, dass im Fall der Klagrücknahme gleichfalls der Kläger die Kosten tragen müsse; denn, so interpretiert Ederheimer den Sinn des § 271: „Nicht weil der Kläger die Klage zurücknehme, müsse er die Kosten tragen, sondern weil die Klage unbegründet sei.“ Er betont dies später nochmals ausdrücklich und fügt dann hinzu, § 271 mache also keinen Unterschied, ob die Klage bereits v o r Erhebung unbegründet gewesen oder nachträglich unbegründet geworden sei.

Letzteres ist allerdings richtig, aber nicht als Schlussfolgerung aus dem Obersatze, der, wie auch die übrigen Behauptungen Ederheimers, auf einem Irrtum beruht; denn der Kläger muss nach § 271 die Kosten deshalb tragen, weil er die Klage zurücknimmt. Das Gesetz knüpft die Pflicht zur Kostentragung an den rein formellen Akt der prozessualen Erklärung; eine materielle Würdigung des Klaganspruchs schreibt dasselbe nicht vor. Es ist also gleichgültig, ob derselbe begründet ist oder nicht, und d e s h a l b auch bedeutungslos, ob die Klage bereits vor Erhebung unbegründet war oder nachher eine anspruchvernichtende Tatsache eingetreten ist. Willigt der Beklagte in die Klagrücknahme ein, oder erfolgt sie v o r Beginn der ersten mündlichen Verhandlung, so ist der Rechtsstreit als nicht anhängig geworden anzusehen und der Kläger hat die Kosten zu tragen. Er kann aber die Klage, wie § 271 Abs. 4 inzidenter ausdrücklich erklärt, von neuem anstellen; der Be-

klagte hat nur bis zur Erstattung der Kosten eine prozesshindernde Einrede. Wenn nun aber dem Kläger deshalb die Kosten auferlegt würden, weil die Klage unbegründet war, dann wäre es ein Nonsens, ihm zu gestatten, sie nochmals von neuem anzustellen. Das Gericht hätte ja schon nach Ederheimer durch die Kostenentscheidung ausgesprochen, dass ihr der Erfolg zu versagen sei. § 271 gilt also auch, wenn eine materiell begründete Klage zurückgenommen wird. Der formelle Akt der prozessualen Rücknahmeerklärung ist eben allein entscheidend. Das „Weshalb" soll den Richter nicht interessieren. Demzufolge ist Abs. 3 durchaus nicht überflüssig und erscheint auch dann nicht als überflüssig, wenn man sich auf den von Ederheimer angefeindeten Standpunkt der herrschenden Meinung stellt, also die Erledigungserklärung als selbständige prozessuale Erklärung betrachtet und im Falle, dass der Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt erklärt wird, bei Unbegründetheit der Klage gleichfalls dem Kläger die Kosten auferlegt. Denn bei der Klagrücknahme kommt's auf Begründetheit oder Nichtbegründetheit des Klaganspruchs gar nicht an. In jedem Falle hat der Kläger die Kosten zu tragen. Bei Annahme einer echten Erledigungserklärung sind dieselben aber, wie im 3. Kapitel noch näher zu erörtern ist, dem Beklagten aufzuerlegen, wenn die Klage kurz vor Eintritt der Erledigungstatsache begründet war. Hier ist also die Frage nach der Begründetheit der Klage von grundlegender Bedeutung für die Kostenentscheidung.

Falsch ist auch, wenn Ederheimer sich auf verschiedene Entscheidungen des Reichs- und preussischen Kammergerichts berufen zu können glaubt und den dort vertretenen Standpunkt mit dem seinigen identifizieren will. In dem den angezogenen Entscheidungen zugrunde liegenden Sachverhalt war je infolge eines kasuellen Ereignisses der Anspruch erloschen. Die genannten höchsten Gerichte belasteten allerdings den Kläger mit den Kosten, aber nicht, wie Ederheimer ganz übersehen hat, aus § 271, 3, sondern aus § 91 ZPO., weil der Kläger infolge der Klaglosstellung als der Unterlegene anzusehen sei.

Grosse will die einschränkende Erklärung des Klägers entweder als Klagrücknahme oder als Klagverzicht im Sinne des § 306 ZPO. aufgefasst wissen. Letzteres müsse dann angenommen werden, wenn die Erklärung die Bedeutung habe, dass der Anspruch nicht mehr begründet sei. (S. 71.) Die beiderseitige Erledigungserklärung enthalte entweder einen gerichtlichen Vergleich, oder einen Anspruchsverzicht, oder eine mit Einwilligung des Beklagten erfolgende Klagrücknahme. (S. 78.)

A priori abzulehnen ist die Auffassung, dass Anspruchsverzicht vorliegt, wenn die Erledigungserklärung die Bedeutung haben solle, der Anspruch sei unbegründet, weil alsdann doch nach der eigenen Erklärung des Klägers kein Anspruch da ist, auf den er mit Rechtswirkung verzichten könnte. Denn die Auffassung Grosses und Hellwigs (S. 159), dass „Anspruch" im Sinne der Zivilprozessordnung nur das Behaupten eines Rechts bedeute, nicht aber ein wirklich vorhandenes Recht, ist abzulehnen. Dann wären Klagrücknahme und Anspruchsverzicht identische Begriffe. Die Prozessordnung unterscheidet aber zwischen diesen beiden Prozesshandlungen sehr genau. Unter Anspruch versteht die Zivilprozessordnung das materielle Recht, das und wie es durch die Klage prozessual in die Erscheinung tritt. Klaganspruch ist also das im Prozess behauptete und geltend gemachte Recht.

In diesem Falle liegt vielmehr, wenn der Anspruch bereits bei Klagerhebung unbegründet war, eine typische Klagrücknahme vor, sonst handelt es sich um eine echte Erledigungserklärung, die, sich stützend auf das ausserprozessuale materielle Erlöschen des Anspruchs während des Rechtsstreits, diesen zur fiktiven Erledigung bringt. Ederheimer und Grosse stehen mit ihrer schroffen Ablehnung der echten Erledigungserklärung allein in dem Streite um diese Frage. Grosse muss natürlich zu diesem Ergebnis kommen, da er der fiktiven Erledigung des § 628, wie im 1. Kapitel gezeigt, nur einen sehr geringen Spielraum gewährt und ihre Anwendungsmöglichkeit überall dort verneint, wo der materielle Klaganspruch erlischt,

ohne dass auch sein Repräsentant wegfällt. Alsdann hat folgerichtig auch die Erledigungserklärung keinen Sinn, weil ihr eine selbständige Bedeutung doch ermangelt, wenn der Richter nicht den Rechtsstreit nunmehr als erledigt ansehen darf, vielmehr eine Sachentscheidung fällen muss. Es ist dann auch weiter folgerichtig gedacht, bei ausdrücklichem Verzicht des Klägers auf eine Sachentscheidung und Einwilligung des Beklagten, diese Prozesshandlungen als Klagrücknahme oder unter Umständen als Verzicht zu deuten.

Da wir nun aber die Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache ohne Urteil im weitesten Sinne als möglich anerkannt haben, so muss auch derjenigen prozessualen Parteierklärung, die diesen Erfolg herbeiführen will, eine selbständige Bedeutung beigemessen werden. Die echte Erledigungserklärung stellt somit eine besondere prozessuale Willenserklärung mit einem ihr charakteristischen Inhalt und eigentümlicher Wirkung dar, und Klagrücknahme, Anspruchsverzicht und echte Erledigungserklärung sind als drei ganz verschiedene technische Begriffe zu werten. Der Verzicht hat Doppelnatur. Er ist eine materiellrechtliche und prozessuale Willenserklärung. Er vernichtet den Anspruch materiell und enthält zugleich die prozessuale Erklärung, auf eine Entscheidung verzichten zu wollen. Die Erledigungserklärung aber entbehrt ebenso wie die Klagrücknahme materiell jeder konstitutiven Wirkung. Erstere bringt lediglich zum Ausdruck, dass der Anspruch aus anderen Gründen bereits erloschen sei, hat also insofern nur deklaratorische Bedeutung. Vgl. R. E. 57, 385. Während also der Verzicht Prozesshandlung und materielles Rechtsgeschäft ist, sind die Klagrücknahme und die Erledigungserklärung nur prozessuale Willenserklärungen. Die Zurücknahme der Klage im technischen Sinne des Gesetzes ist die Erklärung, auf jegliche Weiterverhandlung und Entscheidung in dem anhängigen Verfahren zu verzichten und damit kraft positiver Bestimmung ohne weiteres die Kosten des Rechtsstreits zu übernehmen. Vgl. Gaupp-Stein und v. Seuffert zu § 271. Die Erledigungserklärung dagegen enthält nur einen

Verzicht auf Verhandlung und Entscheidung über die Hauptsache, weil der Anspruch durch ein ausserprozessuales Ereignis erledigt, mithin eine Weiterverhandlung über den Streitgegenstand als solchen überflüssig geworden sei. Dagegen will der Kläger das Verfahren im übrigen fortsetzen und eine Entscheidung über die Kosten herbeiführen. Die Klagrücknahme ist also eine rein prozessuale Erklärung, losgelöst von jeder etwaigen inneren materiellrechtlichen Begründung. Sie ist ein reiner Willkürakt, deshalb auch nur bis zum Beginn der mündlichen Verhandlung ohne Einwilligung des Beklagten zulässig. Nachher kann mangels dieser nur noch Sachurteil ergehen. Die Erledigungserklärung ist aufgebaut auf materieller Grundlage, sie muss innerlich begründet sein, d. h. sich auf eine ausserprozessuale Tatsache stützen, die den Anspruch materiell erledigt habe.

Die echte Erledigungserklärung steht somit in scharfem Gegensatz zu Klagrücknahme und Verzicht. Sie ist eine, wenn auch vom Gesetz nicht ausdrücklich erwähnte, so doch besonders geartete und in ihren Wirkungen verschiedene prozessuale Erklärung von selbständiger Bedeutung.

2. Das Wesen der Erledigungserklärung und ihre prozessrechtliche Struktur.

Wenn auch der Standpunkt Ederheimers, die Erledigungserklärung stets als Klagrücknahme aufzufassen, von Wissenschaft und Rechtsprechung allgemein abgelehnt wird, so kann unter Umständen eine solche doch als Klagrücknahme zu gelten haben; denn der Wortlaut ist nicht entscheidend für die Wertung der Erklärung, sondern ihr materieller Inhalt. Eine echte Erledigungserklärung liegt nur dann vor, wenn sie gestützt wird auf ein Erlöschen des mit der Klage behaupteten materiellrechtlichen Anspruchs. Umgekehrt ist deshalb auch nicht von essentieller Bedeutung, dass der Kläger gerade seine Erklärung so formuliert: Die Hauptsache ist erledigt, oder: Ich bitte, den Rechtsstreit in der Hauptsache als erledigt zu betrachten. Diese Erklärung kann vielmehr auch stillschweigend

dadurch zum Ausdruck gebracht werden, dass er z. B. nur noch einen Kostenantrag stellt. Aber sein Wille muss deutlich zum Ausdruck kommen. Es wird also im allgemeinen der Richter stets Klagrücknahme anzunehmen haben, wenn der Kläger in der mündlichen Verhandlung seinen Antrag zur Hauptsache fallen lässt, ohne eine sachliche Erklärung abzugeben. Die Frage über die Kostenlast ist damit ohne weitere Prüfung nach § 271 ZPO. zu seinen Ungunsten entschieden. Dies ist infolgedessen auch dann der Fall, wenn der Anspruch materiell wirklich erledigt ist. Wenn der Kläger sich nicht weiter über den Grund der Beschränkung seines Klagantrags auf die Kosten erklärt, kann das Gericht nicht von sich aus eine etwa eingetretene materielle Erledigung berücksichtigen. Der Antrag des Klägers, für erledigt zu erklären, genügt aber allein auch nicht. Wenn z. B. der Kläger bittet, die Hauptsache für erledigt zu erklären, deshalb, weil er nachträglich, etwa auf Grund des Beweisaufnahmeergebnisses, zu der Überzeugung gelangt ist, dass sein Anspruch unbegründet sei und er infolgedessen Klagabweisung zu gewärtigen habe, so enthält seine Erklärung nichts weiter als eine versteckte Klagrücknahme. Eine echte Erledigungserklärung ist hier begrifflich ausgeschlossen, da sie nicht auf eine wirkliche Erledigungstatsache gestützt wird. Die Klagrücknahme ist rein prozessuale Erklärung, also als solche begrifflich möglich, auch wenn der Hauptanspruch materiell erledigt ist. Der Wille des Klägers ist dann allein für die Interpretation seiner Erklärung entscheidend. Geht aber die Absicht des Klägers auf eine echte Erledigungserklärung, so ist die ausserprozessuale materielle Erledigung des Anspruchs die begrifflich notwendige Voraussetzung. Aber es genügt selbstverständlich, da für den Zivilprozess das Prinzip der formellen Wahrheit entscheidend ist, dass ein Erledigungsgrund behauptet und sein Vorhandensein rein formell dem Richter dargetan wird, also durch Geständnis oder durch Beweis, so dass es demzufolge in letzter Linie gleichgültig ist, ob auch de facto ein Erledigungsgrund vorliegt. Für den Richter ist z. B. eine übereinstimmende Sachdarstellung beider Parteien unbedingt

massgebend, auch wenn sie in Wirklichkeit falsch ist. Wird ein Erledigungsgrund aber nicht behauptet und dem Richter als vorhanden nachgewiesen, so ist die Erledigungserklärung stets als Klagrücknahme aufzufassen.

Auch die beiderseitige übereinstimmende Erledigungserklärung kann deshalb Klagrücknahme sein, wenn nämlich ein Erledigungsgrund gar nicht behauptet wird. In der Praxis wird sich die Sache allerdings meist so gestalten, dass, wenn beide Parteien übereinstimmend beantragen, die Hauptsache als erledigt zu betrachten, der Beklagte oder der Kläger die Kosten übernimmt. Dann hat der ganze Rechtsstreit ohne weiteres sein Ende gefunden. Wird aber seitens der Parteien über die Kosten weitergestritten, so sind die Parteien verpflichtet, dem Richter anzugeben, weshalb sie die Erledigungserklärung abgeben. Behaupten beide Parteien nunmehr das Vorhandensein einer Erledigungstatsache, so liegt wiederum eine echte Erledigungserklärung vor. In eine Beweisaufnahme über das wirkliche Vorhandensein der behaupteten Tatsache braucht der Richter natürlich nicht einzutreten. Das Geständnis des Beklagten erübrigt eine solche. Wird aber eine Begründung für die Klagänderung unterlassen, so muss der Richter eine mit Einwilligung des Beklagten erfolgte Klagrücknahme annehmen und den Kläger demzufolge in die Kosten verurteilen. Klagrücknahme liegt also vor allem dann vor, wenn der Kläger die Erledigungserklärung abgibt, weil er auf Grund der Beweisaufnahme zu der Überzeugung gelangt ist, dass sein Anspruch unbegründet ist. Ferner auch dann, wenn er sich durch ein nachträgliches Ereignis bestimmen lässt, die Klage fallen zu lassen, obwohl er sie aufrecht halten könnte, z. B. bei aussergerichtlichem Anerkenntnis ohne Erfüllung, oder wenn der Beklagte zwar zahlt, aber nicht in Anerkennung des Klaganspruchs, sondern nur zur Abwendung der Zwangsvollstreckung.

Endlich ist auch Klagrücknahme anzunehmen, wenn die Erledigungstatsache bereits vor der Klagerhebung den Anspruch des Klägers vernichtete, aber nicht deshalb, weil, wie

Lazarus meint, der Kläger in jedem Augenblick des Rechtsstreits unterlegen wäre; denn für die Frage, ob eine fiktive Erledigung des Rechtstreits in der Hauptsache eintreten soll, kommt es auf die Begründetheit der Klage gar nicht an. Es ist nicht zu prüfen, war die Klage begründet oder nicht, wäre also der Kläger durchgedrungen oder unterlegen, sondern die Fragestellung hat zu lauten: Liegt der Erledigungserklärung eine wirkliche Erledigungstatsache zugrunde? Ob der Zeitmoment ihres Eintritts von essentieller Bedeutung ist, hängt von ganz anderen Gesichtspunkten als dem der Begründetheit der Klage im Augenblick ihrer Erhebung ab.

Gaupp-Stein wollen, wenn der Kläger noch vor Zustellung den Klagantrag auf die Kosten beschränkt und ihn dann in dieser beschränkenden Form zustellen lässt, den Anspruch in dieser Gestalt unter Kostenlast des Klägers abweisen; denn es fehle an einem Rechtsstreit in der Hauptsache und an einem Rechtsgrund für die Entstehung von Prozesskosten als solchen. Den Fall, dass es dem Kläger nicht mehr möglich ist, vor Zustellung der Klagschrift seinen Antrag abzuändern, entscheiden die genannten Autoren nicht. Durch Erhebung der Klage ist hier zweifellos das Prozessrechtsverhältnis begründet, ein Rechtsstreit über die Hauptsache vorhanden, auch wenn durch den Eintritt der Erledigungstatsache bereits vor Zustellung der Klage der materielle Anspruch erloschen ist; denn auch die gänzlich unbegründete Klage schafft ein ordentliches Prozessrechtsverhältnis. In solchen Fällen muss die Erledigungserklärung gleichfalls als Klagrücknahme aufgefasst werden. Es mag zwar zunächst allzu formalistisch erscheinen, dem Zeitpunkt der Erledigung eine solch weittragende Bedeutung zu geben. Aber man wird z. B. kaum Bedenken tragen, eine Erledigungserklärung als Klagrücknahme zu deuten, wenn der Anspruch bereits in dem Augenblick erloschen ist, in welchem der Kläger die Klagschrift aufzusetzen beginnt oder zur Terminsbestimmung einreicht, trotz Kenntnis von dem Eintritt des erledigenden Ereignisses. Dasselbe muss aber gelten bei unverschuldeter Nichtkenntnis und selbst dann, wenn das erledigende

Ereignis erst nach Einreichung der Klagschrift zur Terminsbestimmung eintritt, der Kläger aber die Zustellung nicht mehr hindern kann; denn der § 628 setzt voraus, dass die Erledigungstatsache eintritt während des Rechtsstreits. Es muss also das unterscheidende Kriterium zwischen Klagrücknahme und echter Erledigungserklärung hinsichtlich des Eintritts der erledigenden Tatsache auf den Zeitpunkt der Zustellung der Klagschrift als den Moment der Klagerhebung abgestellt werden, so dass selbst bei Vorhandensein einer Erledigungstatsache die Erledigungserklärung der selbständigen Bedeutung entbehrt, wenn jene bereits vor der Klagerhebung eingetreten ist. Sie kann dann nur als Klagrücknahme gedeutet werden. Dies ist nun gerade für den Fall, dass der Kläger die Klagschrift bereits zur Terminsbestimmung eingereicht hatte und nunmehr das erledigende Ereignis eintritt, aber der Kläger nicht mehr imstande ist, die Zustellung zu hindern, ein unerfreuliches Ergebnis, weil alsdann der Kläger die Kosten tragen muss, während doch der Beklagte durch seine Säumnis die Kosten der Klagerhebung in materiellem Sinne schuldhaft verursacht hat. Es sind aber die Bestimmungen über die Kostenpflicht zwingender Natur, und ihre Anwendung ist von einem Verschulden der Partei gänzlich unabhängig. Die Kostenpflicht der Partei bildet einen Fall des Schadensersatzes, bei dem nur die objektiv-rechtswidrige Verursachung verlangt wird; vgl. Gaupp-Stein, Vorbem. vor § 91. Die ZPO. regelt dieselbe rein prozessual, indem das Gesetz sie äusserlich anknüpft an gewisse prozessuale Tatsachen, in der Regel an die Tatsache des Unterliegens in der Sache, der Klagrücknahme oder des Verzichtes, also des erfolglosen Streitens im Prozess, und nur in gewissen Ausnahmefällen, unter Berücksichtigung des Verschuldens, die ganzen Kosten oder einen Teil derselben der siegreichen Partei auferlegt; vgl. die §§ 93, 95, 96, 344 ZPO. Auch sind diese Ausnahmen der Erweiterung auf Grund vermeintlicher Billigkeit unzugänglich. Zwar verraten die Gesetzesbestimmungen einen einheitlichen Grundgedanken, nämlich den, dass jede Partei diejenigen Kosten tragen muss, die sie schuldhaft verursacht hat. Aber dieser

Grundgedanke bildet eben nur eine Ausnahme des starren Prinzips des § 91 und ist deshalb in seiner praktischen Auswirkung im einzelnen genau formuliert und damit auch erschöpfend umgrenzt. Weitere Anwendungsfälle hat das Gesetz nicht geschaffen und eine Ausdehnung des Prinzips auf analoge Fälle aber auch nicht anerkennen wollen; denn sonst hätte der Gesetzgeber dem allgemeinen Prinzip des § 91 auch den erwähnten Grundgedanken in ganz allgemeiner Form entgegensetzen können, was nicht geschehen ist. Nun schliessen allerdings die Vorschriften der Prozessordnung die Geltendmachung eines Ersatzanspruchs im Wege des bürgerlichen Rechts nicht aus; denn dieselben wollen die Kostenpflicht nur insoweit regeln, als sie eine unmittelbare Folge des Rechtsstreits selber ist. Eine weitergehende Bedeutung aber haben dieselben nicht, insbesondere statuieren sie nicht die unbedingt endgültige Verpflichtung zur Kostentragung. Vielmehr können die Kosten aus dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes wegen Verschuldens von derjenigen Partei, der sie prozessual auferlegt wurden, zurückgefordert werden; vgl. R. E. 54, S. 39 ff.; Gaupp-Stein, Vorbem. zu § 91 III; Blankmeister, a. a. O.; R. E. 66, 198; Oberlandesger. Karlsruhe in Rspr. 5, 165. Die Gegenpartei kann dann nicht die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache erheben; denn in dem neuen Verfahren wird die Erstattung der Kosten aus einem neuen selbständigen Grunde verlangt. Es liegt also nicht dieselbe Rechtsfrage, nicht eadem causa petendi vor; vgl. R. E. 54, S. 40. Aber dadurch wird der Beklagte doch immer auf einen neuen Prozess verwiesen. Meines Erachtens dürfte folgende Deduktion zu dem vom Beklagten letzten Endes begehrten Ziele in demselben Verfahren führen. Durch die Erledigung der Hauptsache wird der Kostenerstattungsanspruch verselbständigt, d. h. er wird selber Hauptsache; vgl. auch Blankmeister und Gaupp-Stein, Vorbem. zu § 91 III. Der Kläger kann demzufolge die Klage wegen der Kostenerstattung äusserlich an den wegen der Hauptsache erhobenen Rechtsstreit anschliessen im Wege der Klag-

änderung, welche allerdings nur dann vorliegt, wenn der Kläger den Kostenersatzanspruch ausdrücklich auf zivilrechtliche Bestimmungen stützt. Diese Klagänderung ist nun nicht ohne weiteres aus dem Gesichtspunkte des § 268 Ziff. 3 zulässig, wie das OLG. Dresden in Sächs. Annalen 28, 449 annimmt. Es tritt ja ein ganz neuer Klaggrund auf, das Verschulden. Aus dem rein prozessualen Kostenerstattungsanspruch wird ein materiellrechtlicher Schadensersatzanspruch. Es handelt sich also um eine an sich unzulässige Klagänderung. Sie wird aber deshalb stets zuzulassen sein, weil die Verteidigung des Beklagten dadurch nicht wesentlich erschwert wird; denn die Begründung des Klägers wird doch meist dahin gehen, dass ihm die Kosten, insbesondere die Rechtsanwaltskosten, deshalb erwachsen seien, weil der Beklagte zur Leistung in der Hauptsache verpflichtet gewesen sei, aber nicht rechtzeitig geleistet und ihn dadurch zur Klagerhebung veranlasst habe. Kann aber der Kläger seinen Kostenantrag nicht auf zivilrechtliche Bestimmungen stützen, insbesondere also nicht auf schuldhafte Verursachung, so muss er die Klage mit Kostenfolge zurücknehmen.

Was die prozessrechtliche Struktur der Erledigungserklärung anlangt, so fassen Förster-Kann und Stölzel dieselbe auf als Änderung des Klagantrags, und zwar als neuen Sachantrag, aber zulässig nach § 268 Ziff. 3 ZPO. Statt der bisherigen Zahlung der Hauptsumme fordere der Kläger jetzt sein Interesse, und dieses bestehe im Ersatz der erwachsenen Kosten. Gaupp-Stein, v. Seuffert, Salinger und Lazarus sehen in der Erledigungserklärung eine eigenartige Beschränkung des ursprünglichen Klagantrags auf ein Urteil über die mit der Rechtshängigkeit entstandene Kostenpflicht, zu behandeln nach Analogie des § 268 Ziff. 3 ZPO. Schlichter will sie auch als Beschränkung des Klagantrags aufgefasst wissen, auf die aber § 268 Ziff. 2 unmittelbar zutreffe. Die Prozesskosten seien Nebenforderungen; als solche behandle sie auch die ZPO., wie aus § 4 des Gesetzes erhelle.

Meines Erachtens liegt in der Erledigungserklärung eine Klagänderung, und zwar eine solche nach dem strengen Wort-

laut des Gesetzes, d. h. eine an sich unzulässige Klagänderung, da keiner der Fälle des § 268 ZPO. passt, weder unmittelbar noch in analoger Anwendung. Ziff. 2 der genannten Gesetzesstelle spricht von einer Erweiterung oder Beschränkung des Klagantrags in der Hauptsache oder in bezug auf Nebenforderungen. Der Kostenerstattungsanspruch ist aber weder ein Teil der Hauptsache, noch eine Nebenforderung im Sinne dieses Paragraphen. Überhaupt stellt die Erledigungserklärung keine Beschränkung des ursprünglichen Klagantrags dar. Da nach § 308, 2 das Gericht über die Verpflichtung, die Prozesskosten zu tragen, auch ohne Antrag von Amts wegen zu erkennen hat, so erscheint der Kostenantrag neben dem Antrag zur Hauptsache als überflüssig, als nicht vorhanden; er ist prozessual bedeutungslos. Dagegen wird, wie aus § 271, 3 letzter Satz gefolgert werden muss, auch im Falle der echten Erledigungserklärung der Kostenantrag notwendig (vgl. Gaupp-Stein; Schlichter in BuschsZ. 26, 503). Der Kläger fordert also kein minus, sondern ein aliud. An Stelle des ursprünglichen Antrags wird der Antrag über die Prozesskosten gesetzt. Hierbei handelt es sich aber nicht um das Interesse oder einen anderen Gegenstand im Sinne des § 268 Ziff. 3, der statt, d. h. als berechtigtes Surrogat der Hauptsache, z. B. als Wert der untergegangenen Sache oder als Schadensersatz für unmögliche Leistung gefordert werden könnte. Es liegt also eine typische Klagänderung vor, über deren Zulässigkeit das Gericht an sich nach § 264 ZPO. zu befinden hätte. Die Klagänderung würde auch deshalb stets zuzulassen sein, selbst wenn der Beklagte nicht einwilligte, weil durch diese Änderung die Verteidigung des Beklagten in keiner Weise erschwert wird; denn, wie unten noch des Näheren zu erörtern sein wird, muss für die Kostenfrage in einem hypothetischen Urteil entschieden werden, wer vor Eintritt des erledigenden Ereignisses in der Hauptsache unterlegen wäre. Die Verteidigung des Beklagten ist also genau dieselbe, als wenn auch in der Hauptsache wirklich entschieden werden müsste. Es muss aber schon aus dem aus dem Gesetz abgeleiteten allgemeinen Prinzip, dass eine Erledigung in der Haupt-

sache möglich ist, auch ohne Klagrücknahme, und dass über die Kosten allein kontradiktorisch verhandelt und entschieden werden kann, die unbedingte Zulässigkeit einer solchen Erledigungserklärung auch als Klagänderung gefolgert werden.

3. Die Wirkung der echten Erledigungserklärung mit Bezug auf die Rechtshängigkeit.

Die Rechtshängigkeit wird begründet durch den einseitigen Akt der Klagerhebung. Dadurch erlangt der Kläger einen Anspruch öffentlichen Rechtes gegen den Staat auf Verhandlung und Entscheidung. Wie es nun aber ganz im freien Belieben des Klägers steht, ein derartiges Rechtsschutzbegehren an die Organe des Staates zu stellen, kann er darauf auch jederzeit wieder verzichten. Dies folgt aus dem Grundsatz der Verhandlungsmaxime. Der Verzicht auf die weitere prozessuale Verhandlung wird erklärt einmal durch Klagrücknahme. Sie hat ein Erlöschen der Rechtshängigkeit zur Folge. Dies liegt schon in der Natur der Sache; denn wenn der Prozessakt, der die Rechtshängigkeit begründete, vernichtet wird, fällt auch die Wirkung desselben, also die Rechtshängigkeit fort. Zudem bestimmt dies auch das Gesetz in § 271, III ausdrücklich, jedoch mit der nicht ohne weiteres gegebenen Folge, dass alle prozess- und materiellrechtlichen Wirkungen der Rechtshängigkeit mit rückwirkender Kraft fortfallen sollen. Ganz frei und unabhängig ist allerdings der Kläger in seiner Entschliessung, die Klage zurückzunehmen, nur bis zum Beginn der mündlichen Verhandlung. Hat er aber den Beklagten einmal gezwungen, sich auf die Hauptsache einzulassen, bedarf er nunmehr dessen Einwilligung. Der Beklagte soll sich durch die Aufrechthaltung seines Antrags auf Klagabweisung vor erneuter Anstellung der Klage sicherstellen dürfen, indem er alsdann die exceptio rei iudicatae geltendmachen kann. Ebenso wie die Klagrücknahme stellt aber auch die Erledigungserklärung einen Verzicht auf prozessuale Weiterverhandlung und Entscheidung dar, allerdings nur einen teilweisen Verzicht, insofern als der Kläger nur eine Weiterverhandlung und Ent-

scheidung über die Hauptsache ablehnt. Trotzdem verneinen Gaupp-Stein ein Erlöschen der Rechtshängigkeit durch Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache, jedoch mit Unrecht; denn es geht doch nicht an, über die Kosten eines Rechtsstreits allein zu entscheiden, wenn derselbe in der Hauptsache noch anhängig ist. Die echte Erledigungserklärung stellt, wie oben bereits ausgeführt, eine Klagänderung dar; an Stelle des Hauptanspruchs wird der Kostenantrag gesetzt. Darin liegt aber nichts weiter als ein Verzicht auf das ursprüngliche Klagbegehren, dessen Rechtshängigkeit dadurch zweifelsohne erlischt. Ist der Rechtsstreit in der Hauptsache erledigt — ob durch Urteil, Vergleich, Klagrücknahme oder echte Erledigungserklärung —, so ist damit auch deren Rechtshängigkeit erloschen. Erledigung des Rechtsstreits und Erlöschen der Rechtshängigkeit des Anspruchs sind eben identische Begriffe.

4. Zweiseitige und einseitige Erledigungserklärung.

Die Wirkungen der echten Erledigungserklärung treten sowohl ein bei übereinstimmender Erklärung beider Parteien, als auch bei einseitiger Erledigungserklärung des Klägers oder des Beklagten. Gerson und Mannherz wollen nur die übereinstimmende Erklärung b e i d e r Parteien als echte Erledigungserklärung aufgefasst wissen. Bei einseitiger Erledigungserklärung tritt nach Mannherz die Erledigung nicht ein, auch wenn der Anspruch weggefallen sei. Entweder liege Klagrücknahme vor oder es müsse über den Rechtsstreit entschieden werden. Gerson hält die einseitige Erledigungserklärung des Klägers für eine Zurücknahme der Klage, so dass insbesondere ein Widerspruch des Beklagten stets möglich sei; sonst werde der Prozessschikane Tür und Tor geöffnet. Erkläre der Beklagte für erledigt, und der Kläger halte trotz wirklicher Klaglosstellung den Klaganspruch noch aufrecht, so müsse für die Entscheidung eine Formel gewählt werden, die eine Sachentscheidung enthalte: Der Klaganspruch wird in der Hauptsache für erledigt erklärt. Lazarus und Schlichter wollen zwar noch die einseitige Erledigungserklärung des K l ä g e r s

als echte Erledigungserklärung anerkennen, derjenigen des Beklagten aber keinen besonderen Einfluss auf das Verfahren einräumen. Behaupte der Beklagte eine Erledigungstatsache, so nehme der Rechtsstreit seinen Fortgang; eine fiktive Erledigung trete nicht ein. Worin der innere Grund für diese Unterscheidung liegen soll, das sagen die genannten Autoren nicht. Ein wesentlicher Unterschied besteht aber auch gar nicht. Ist der Klaganspruch in der Hauptsache erloschen, und erklärt auch nur eine der beiden Parteien daraufhin den Rechtsstreit für erledigt, so hat das Gericht ihn für erledigt anzusehen. Nur insofern unterscheidet sich die übereinstimmende zweiseitige Erklärung von der einseitigen des Klägers oder des Beklagten, dass im ersten Fall das Gericht nicht mehr in eine materielle Prüfung der Erledigungstatsachen einzutreten hat. Infolge der übereinstimmenden Erklärung beider Parteien steht ihr Vorhandensein für den Richter ohne weiteres fest. Dies folgt aus dem unseren Prozess beherrschenden Grundsatz der Verhandlungsmaxime, wonach die Parteien über den Streitstoff verfügen und der Richter ihn in derjenigen Gestalt anzunehmen und zu beurteilen hat, wie er ihm von den Parteien vorgelegt wird. Bei der einseitigen Erledigungserklärung des Klägers oder des Beklagten, wenn also der Beklagte seinen Antrag auf Abweisung der Klage aufrecht hält bzw. der Kläger den Antrag auf Verurteilung, das Erlöschen des Klaganspruchs also bestritten wird, hat das Gericht in eine Prüfung der Erledigungstatsachen einzutreten und die erbotenen Beweise zu erheben. Für das W e s e n der Sache ist's aber gleichgültig, ob der Eintritt der erledigenden Tatsachen durch Beweis oder Geständnis festgestellt wird. Ergibt die Beweisaufnahme, dass der Anspruch n i c h t erloschen ist, dann liegt eben keine echte Erledigungserklärung vor, vielmehr eine versteckte Klagrücknahme, die eine Abweisung der Klage mangels Einwilligung des Beklagten zur Folge hat, wie im umgekehrten Falle, wenn die Behauptung des Beklagten sich als unwahr herausstellt, der Rechtsstreit auch in der Hauptsache seinen Fortgang nimmt. Andererseits ist's aber für die

fiktive Erledigung gleichgültig, und zwar wiederum in allen Fällen der Erledigungserklärung, ob der Anspruch auch begründet war oder nicht. Es darf der Richter also nicht noch in eine Prüfung hierüber eintreten und von dem Ausfall dieser Prüfung erst die Entscheidung abhängig machen, ob er für erledigt ansehen will oder nicht. Alsdann wäre die fiktive Erledigung nur eine besondere Art der Klagabweisung, die nicht die Kostenpflicht zur Folge hätte. Die Begründetheit des Klaganspruchs gewinnt erst Bedeutung bei der Kostenfrage und ist dann in einem hypothetischen Urteil zu prüfen.

Die Möglichkeit, dass trotz übereinstimmender Erklärung beider Parteien eine Erledigungstatsache nicht vorliegt, ändert an den hier aufgestellten Grundsätzen nichts; denn wie oben schon bemerkt, ist für das zivilprozessuale Verfahren das Prinzip der formellen Wahrheit entscheidend. Behaupten die Parteien übereinstimmend das Vorhandensein einer Erledigungstatsache, so steht eine solche dadurch für den Richter fest und er hat den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt anzusehen.

Selbstverständlich ist, dass der Beklagte das Vorliegen einer Erledigungstatsache behaupten und doch seinen Antrag auf Klagabweisung aufrecht halten kann. Alsdann muss der Richter, mangels jeglicher Erledigungserklärung, diesem Antrag stattgeben. Der Kläger kann beim Vorliegen eines Erledigungsgrundes seinen Klaganspruch ohne prozessuale Gefahr nicht mehr aufrecht halten.

3. Kapitel.

Die Kostenentscheidung bei Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache.

Nur in Ausnahmefällen ist bei Erlöschen des materiellen Anspruchs der ganze Rechtsstreit als erledigt anzusehen, nämlich dann, wenn der die Erledigung herbeiführende Umstand in der Vereinigung der Parteirollen infolge Universalsukzession besteht. Alsdann sukzediert der Erbe oder Quasierbe der juristischen Person auch ohne weiteres in die Pflicht, die Kosten des Rechtsstreits zu tragen. Sonst aber wird über die Kosten weiter gestritten. Insbesondere ist, da nach den Ausführungen der vorhergehenden Kapitel die echte Erledigungserklärung eine besondere prozessrechtliche Willenserklärung von selbständiger Bedeutung darstellt, eine unbedingte Kostenpflicht des Klägers nach § 271 oder § 306 ZPO. nicht begründet; infolgedessen kann eine Entscheidung darüber, wem die Kosten des in der Hauptsache erledigten Rechtsstreits aufzuerlegen sind, nur aus den Vorschriften der §§ 91 ff. ZPO. gewonnen werden. Danach hat grundsätzlich die unterliegende Partei die Kosten des Rechtsstreits zu tragen. § 91, 1[1] ZPO. Die Kostenpflicht erscheint demnach als gesetzliche Folge des Unterliegens, gleichgültig, ob die unterliegende Partei bei Anstellung oder Durchführung des Rechtsstreits ein Verschulden trifft oder nicht. Die Tatsache des Unterliegens bildet rein objektiv den Rechtsgrund für die Verbindlichkeit der Kostenerstattung; vgl. Gaupp-Stein, Vorbem. vor § 91; Kohler, a. a. O.; R. Schmidt, Lehrbuch: zu § 91. Es bleibt also die Frage: Wer ist bei Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache als die unterliegende Partei im Sinne des § 91 anzusehen? Diese Frage hat als eine der grössten Streitfragen unserer Zivilprozessordnung bis in die neueste Zeit in Wissenschaft und Rechtsprechung eine recht

verschiedene Beantwortung erfahren. Die herrschende Meinung vertritt den Standpunkt, dass bei Erledigung in der Hauptsache ein Unterliegen irgendeiner Partei im strengen Sinne nicht mehr möglich sei. Da aber über die Kostenpflicht doch entschieden werden müsse, so sei, in zweckentsprechender Interpretation des § 91, dass nämlich derjenige unterliege, der mit Unrecht streite, zu prüfen, wer zur Zeit, als der Streit über die Hauptsache noch bestand, materiell im Unrechte gewesen sei, ob also unmittelbar vor Eintritt des die Erledigung des Rechtsstreits herbeiführenden Ereignisses die Klage begründet gewesen sei oder nicht. Wer damals in der Hauptsache unterlegen wäre, und also auch in die Kosten hätte verurteilt werden müssen, den treffe nunmehr gleichfalls die Pflicht zur Kostenerstattung. Diese Theorie des hypothetischen Unterliegens ist erstmals aufgestellt und begründet worden von Pfizer in seinem Aufsatze: Zur Lehre von der Prozesskostenersatzpflicht (in Gruch. Beitr. Bd. 30 S. 68 ff.). Er geht allerdings noch davon aus, dass sich aus dem Wortlaut der ZPO. eine Entscheidung über den Kostenstreit bei Erledigung der Hauptsache nicht gewinnen lasse, da niemand unterliege, weder der Kläger noch der Beklagte. Die Entscheidung müsse im Geiste des Gesetzes gesucht werden. Die grundsätzliche Intention des Gesetzes erhelle aber aus einer Vergleichung der §§ 91 und 93 ZPO. Zwischen beiden Bestimmungen bestehe kein prinzipieller Widerspruch. Vielmehr liege ihnen ein und dasselbe Prinzip zugrunde: Die Prozesskosten hat zu tragen, wer mit Unrecht streitet. Dieser Satz habe eine doppelte Bedeutung. Der Kläger könne mit Unrecht streiten, dann nämlich, wenn er materiell im Unrecht, sein Klaganspruch unbegründet sei — dann also Kostenlast nach § 91 ZPO. —; er könne aber auch mit Unrecht streiten, nämlich dann, wenn er lediglich prozessual im Unrecht sei, der Beklagte keine Veranlassung zur Klage gegeben habe — dann Kostenlast nach § 93 —. Für die Anwendung dieses so gefundenen Grundsatzes sei aber nicht mehr wesentlich, ob es in der Hauptsache zu einer Entscheidung komme oder nicht, möge ersteres auch als Regel gedacht

sein. Aber es könne auch im letzteren Falle die Frage, wer mit Recht oder mit Unrecht gestritten habe, nach wie vor nur nach dem Stande der Hauptsache entschieden werden. Infolgedessen habe der Richter über die Kosten so zu entscheiden, wie wenn er über Hauptsache und Kosten hätte entscheiden müssen. Auch nach Salinger kommt es für die Anwendung des § 91 lediglich darauf an, wer mit Unrecht streitet. Das Reichsgericht führt in Bd. 57 S. 385 und Bd. 58 S. 414 seiner Entscheidungen aus, dass der § 91 ZPO. nicht seinem strengen Wortlaut nach, sondern in einer dem Grundprinzip des Gesetzes unmittelbar entsprechenden Gestalt zur Anwendung zu bringen sei. Als Grundgedanke des § 91 erscheine aber, dass derjenige die Kosten tragen müsse, der sich im Unrecht befinde. Bei Erledigung in der Hauptsache komme dieser gesetzgeberische Gedanke alsdann in der Gestalt zur Verwirklichung, dass für den Zweck der Entscheidung über den Kostenpunkt geprüft werden müsse, zu wessen Ungunsten entschieden sein würde, wenn eine Entscheidung in der Sache selbst erfolgt wäre.

Diesen Ausführungen haben sich im wesentlichen die Mehrzahl der Kommentatoren und Schriftsteller und durchweg auch die Praxis der Gerichte angeschlossen. Vgl. Fitting, § 130 Anm. 1; Engelmann, v. Seuffert, Skonietzky-Gelpcke zu § 91; Struckmann-Koch, Rich. Schmidt, Petersen, Heilfron, Neukamp, Reincke-Wienstein, v. Wilmowski-Levy, Staub in JW. 86, 211; insbesondere auch den Aufsatz Schlichters in BuschsZ. 26, 449. Er lehnt sich besonders eng an Pfizer an, indem er mit ihm den Standpunkt vertritt, dass der Grundsatz, die Kosten habe zu tragen, wer mit Unrecht streitet, als gemeines Prinzip sowohl dem § 91, als auch dem § 93 zugrunde liege.

Wodurch der Streit in der Hauptsache gegenstandslos geworden ist, also die Art und Weise seiner Erledigung, erscheint den Vertretern der Theorie des hypothetischen Unterliegens bedeutungslos, und es wird nicht unterschieden, ob der Anspruch durch Erfüllung untergegangen ist, oder ein zufälliges Ereignis die Erledigung herbeigeführt hat. Insbesondere

hat das Reichsgericht in den oben zitierten Fällen in gleicher Weise entschieden, obgleich in dem einen Falle der Beklagte den Anspruch des Klägers erfüllte, indem er mit einer Gegenforderung aufrechnete, das andere Mal der Anfechtungsklage eines Konkursverwalters die Grundlage dadurch entzogen wurde, dass v o r Beendigung des Prozesses der Konkurs infolge Zwangsvergleichs aufgehoben wurde, also ein zufälliges Ereignis die Ursache der Erledigung war.

Dagegen hat das Reichsgericht in mehreren früheren Entscheidungen (vgl. z. B. JW. 1900, 507; 1901, 483) dem Kläger die Kosten auferlegt, indem es lediglich in Betracht zog, dass der Kläger nach veränderter Sachlage die Klage nicht mehr habe aufrecht erhalten können, also prozessual sachfällig geworden sei. Den beiden Fällen war aber gemeinsam, dass der Klaganspruch durch Zufall hinfällig wurde, und zwar wegen inzwischen eingetretener Änderung des geltenden Rechts, indem die verlangte Einwilligung des Beklagten zur Heirat des Klägers nach neuem Recht nicht mehr erforderlich war bzw. die Zulässigkeit des Rechtswegs für den eingeklagten Anspruch fortfiel. In der ersten Entscheidung erklärt das Reichsgericht ausdrücklich, die Folgen des Zufalls müsse der Kläger tragen. Auf den gleichen Standpunkt hat sich das preuss. Kammergericht gestellt, mit der Begründung, dass der Kläger als unterliegende Partei anzusehen sei, wenn sein Klaganspruch infolge eines ausserhalb des Prozesses liegenden Ereignisses hinfällig geworden sei; vgl. insbesondere Beschluss des KG. in Rspr. der OLG. 9 S. 61.

Die letzterwähnten Entscheidungen des Reichsgerichts und des Kammergerichts hat nun Mannherz zum Ausgangspunkt einer scharfen Stellungnahme gegen die herrschende Lehre genommen. Er führt aus: Die Theorie des hypothetischen Unterliegens finde im Gesetz keine Stütze. § 91 knüpfe die Kostenerstattungspflicht rein formell an die Tatsache des Unterliegens im Prozess. Nur der wirklich Unterliegende müsse die Kosten tragen. Das sei aber nicht, wer mit Unrecht streite, sondern wer ohne Erfolg streite. Wenn nun der Rechtsstreit

sich in der Hauptsache dadurch erledige, dass der Beklagte erfülle und nunmehr auch beide Parteien den Rechtsstreit für erledigt erklärten, so sei der Beklagte der wirklich Unterlegene, und zwar gerade dadurch, dass er dem Anspruch genüge; er habe den Misserfolg gehabt. Wenn jetzt der Kläger vom Rechtsstreit abstehe, bleibe der Beklagte der Unterlegene. Die Erledigungserklärung des Klägers besage nur, dass der Beklagte bereits unterlegen sei. Erkenne dies der Beklagte dann an, so trete die formelle Rechtsfolge seines Unterliegens ein, er müsse die Kosten des Rechtsstreits tragen. Ein hypothetisches Urteil sei nicht mehr notwendig. Die Frage, ob die Klage begründet gewesen sei oder nicht, bedürfe keiner Entscheidung mehr. Entscheidend sei die Tatsache des faktischen Unterliegens. Voraussetzung sei aber selbstverständlich stets, dass der Beklagte in Anerkennung des Klaganspruchs erfülle. In allen anderen Fällen aber, wenn also ein kasuelles Ereignis die Weiterverfolgung des Klaganspruchs unmöglich mache, unterliege stets der Kläger, weil sein Anspruch nicht befriedigt werde, und seine Klage erfolglos bleibe; denn massgebend für die Entscheidung sei doch, dass die Klage zur Zeit der Urteilsfällung begründet sei. Da dies hier nicht mehr der Fall sei, müsse der Kläger abgewiesen werden. Verzichte er jetzt auf eine Entscheidung, so bekenne er damit seinen Misserfolg, und das sei nichts anderes, als eine Klagrücknahme. Er müsse eben die Folgen des Zufalls tragen.

Mannherz hat mit seiner Theorie viele Anhänger gefunden. So hat auch nach Gmelin bei Erfüllung und den gleichstehenden Rechtshandlungen der Beklagte die Kosten zu tragen. Trete aber die Erledigung dadurch ein, dass ein die Durchführung des Anspruchs unmöglich machender Tatbestand entstehe, so sei der Kläger als unterliegend anzusehen. Dies sei auch dann der Fall, wenn die Erledigung eintrete durch Wegfall derjenigen Persönlichkeit, die als ausschliesslicher Repräsentant des Anspruchs nach dem materiellen Recht in aktiver oder passiver Parteirolle erscheine. „Unterliegender ist, wer den Prozess nicht bis zu dem von ihm angestrebten Ziel durch-

führen kann, mögen die Gründe hierfür sein, welche sie wollen.“ Förster-Kann wollen gleichfalls unter Berufung auf Mannherz und Gmelin die Entscheidung darauf abstellen, ob der Kläger mit seinem Klagbegehren durchgedrungen sei oder nicht. Durchgedrungen aber sei der Kläger nur dann, wenn der Beklagte den Klaganspruch erfülle oder durch sonstige Umstände, z. B. durch Erfüllung seitens des Bürgen der Erfolg eintrete, vorausgesetzt, dass im Zeitpunkt des Erfolgseintritts die Klage begründet und prozessual zulässig gewesen sei. Nicht durchgedrungen aber sei der Kläger, wenn ein Ereignis den Rechtsstreit gegenstandslos gemacht habe, ohne dass er durch dasselbe befriedigt oder klaglos gestellt sei, wenn insbesondere das Ereignis die Durchführung des Anspruchs objektiv unmöglich gemacht habe.

Warneyer endlich unterscheidet, ob der Klaganspruch hinfällig geworden sei, durch Erfüllung oder durch ein ausserhalb des Rechtsstreits liegendes Ereignis. Hier sei gleich bemerkt, dass diese Ausdrucksweise, deren sich auch das Kammergericht in einzelnen Entscheidungen bedient, wohl insofern ungenau ist, als die Erfüllung durch den Beklagten doch auch ein Ereignis ist, dass ausserhalb des Prozesses liegt. Warneyer versteht aber darunter, wie aus den von ihm angezogenen Entscheidungen erhellt, auch nichts anderes, als einen zufälligen, von keiner Partei zu vertretenden Umstand. In den Entscheidungen der Oberlandesgerichte wird bald die herrschende Meinung, bald die Theorie von Mannherz vertreten; vgl. Entsch. der OLG. in Rspr. 20, 300; 20, 301; 19, 65; 23, 101; Rhein.Archiv 106 I, 85, u. a. Von besonderem Interesse ist eine Entscheidung des OLG. Breslau (19, 65), in deren Begründung ausgeführt wird, dass der Kläger mit der Erhebung der Klage auch die Gefahr des Prozesses trage und ihn demnach die Kostenpflicht treffe, wenn die Hauptsache durch ein vom Willen der Parteien unabhängiges Ereignis hinfällig werde; denn der Beklagte unterliege in keinem Falle.

Diesen beiden in Theorie und Praxis vorherrschenden Ansichten stellt Lazarus eine dritte Meinung entgegen, die aller-

dings im praktischen Ergebnis völlig auf die herrschende Lehre herauskommt, und nur in der theoretischen Begründung von ihr abweicht und ein teilweises Zugeständnis an die Mannherzsche Doktrin darstellt. In Übereinstimmung mit Mannherz leugnet er nach dem Wortlaut des Gesetzes die Möglichkeit eines hypothetischen Unterliegens; ferner will er gleichfalls § 91 unmittelbar anwenden, wenn der Beklagte durch Erfüllung sich selber für den Unterliegenden und die Klage für gerechtfertigt erkläre. Sonst gebe es aber mangels eines Urteils in der Hauptsache überhaupt keinen Unterliegenden. Eine unmittelbare Anwendung des § 91 versage deshalb. Er könne jedoch analog zur Anwendung kommen; diese Analogie sei aber nur in der Weise denkbar, dass derjenige die Kosten trage, welcher in einem hypothetischen Urteil unterlegen wäre.

Auch Gaupp-Stein schliessen sich im Ergebnis der herrschenden Lehre an; nur stützen sie dasselbe nicht auf § 91, sondern auf die analoge Anwendung des § 93. Die Erklärung des Klägers, dass der Rechtsstreit in der Hauptsache erledigt, also die früher begründete Klage unbegründet geworden sei, bilde das Gegenstück zu dem sofortigen Anerkenntnis des Beklagten, der den unbegründeten Anspruch bestritten hat, ihn aber sofort anerkennt, nachdem er begründet oder rechtsschutzfähig, z. B. fällig geworden ist. Wie nun dieser Beklagte nach § 93 von Kosten frei bleibe, müsse in entsprechender Anwendung von § 93 auch der Kläger in dem vorliegenden umgekehrten Falle von Kosten frei bleiben, vorausgesetzt, dass er die Erledigung sofort anerkennt; vgl. auch Beschluss des OLG. Colmar in Rspr. 13, 94. Behaupte nun der Beklagte, der Anspruch sei bereits vor dem erledigenden Ereignis unbegründet gewesen, so bedürfe es der Feststellung, ob die Klage bis zu dem erledigenden Ereignis begründet gewesen sei, welche Partei also unterlegen wäre, wenn die Erledigung nicht eingetreten wäre. Gaupp-Stein wollen also, im Prinzip noch über Mannherz hinausgehend, den Kläger sowohl bei Erledigung durch Erfüllung wie durch Zufall als die unterliegende Partei angesehen haben und nur durch die Ausnahmebestimmung des

§ 93 suchen sie aus Billigkeitserwägungen zu einem dem Kläger günstigen Resultat zu gelangen.

Mannherz und die herrschende Lehre suchen also im Wege der Interpretation des § 91 zu einer Entscheidung der Streitfrage zu gelangen; ihr Ausgangspunkt ist demnach derselbe; nur wählen sie verschiedene Wege zum Ziele, indem Mannherz den § 91 rein grammatisch, die herrschende Lehre vernunftgemäss, logisch zu interpretieren sucht. Ihre Lösungen sind daher verschieden. Lazarus will die unmittelbare Anwendung des § 91 ausschalten, ihm aber auf dem Umwege der Analogie seinen Einfluss sichern, und stimmt im Ergebnis überein mit der herrschenden Lehre. Gaupp-Stein endlich gelangen gleichfalls zu demselben Resultat, aber durch entsprechende Anwendung des § 93. Wir haben also zwei verschiedene Resultate, drei verschiedene Ausgangspunkte, aber vier verschiedene Begründungen, die sich kurz zusammenfassend dahin formulieren lassen: 1. Die herrschende Meinung vertritt den Standpunkt, dass bei Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache ein wirkliches Unterliegen nicht mehr möglich sei. Es könne nur mehr von einem hypothetischen Unterliegen die Rede sein. Ein solches werde aber bei vernünftiger Auslegung von § 91 mitumfasst, indem derjenige die Kosten zu tragen habe, der sich im Unrecht befinde und also in der Hauptsache unterlegen wäre, wenn der Richter darüber entschieden hätte.

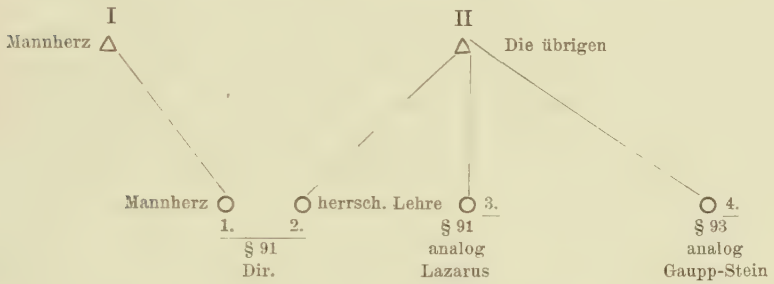
2. Mannherz, das Kammergericht usw. behaupten demgegenüber, die Zivilprozessordnung kenne kein hypothetisches Unterliegen; nur wer wirklich unterliege, sei kostenpflichtig. Dies sei bei Erledigung durch Erfüllung der Beklagte, sonst der Kläger, da er ohne Erfolg gestritten habe und die Gefahr des Prozesses trage.

3. Lazarus leugnet gleichfalls die Möglichkeit eines hypothetischen Unterliegens. Die unmittelbare Anwendung von § 91 setze ein wirkliches Unterliegen voraus. Erfülle der Beklagte, so sei er der wirklich Unterlegene; in allen anderen Fällen der Erledigung aber unterliege niemand. Da man aber doch zu einer Kostenentscheidung kommen müsse, so bleibe, da eine

unmittelbare Anwendung des § 91 versage, aus anderen Gesichtspunkten oder Gesetzesstellen eine Kostenentscheidung aber auch nicht gewonnen werden könne, nur für seine analoge Anwendung Raum.

4. Gaupp-Stein endlich wollen dem bei Erledigung stets unterliegenden Kläger durch analoge Anwendung des § 93 zu seinem vermeintlichen Recht verhelfen, zu dessen Feststellung aber gleichfalls auf ein hypothetisches Urteil zurückgreifen.

Zeichnerisch dargestellt, ergäbe sich folgendes Bild:



Meines Erachtens ist für die Entscheidung der Streitfrage, wer bei Erledigung der Hauptsache zur Kostentragung verpflichtet ist, mangels ausdrücklicher Gesetzesbestimmung auszugehen von § 91 ZPO., welcher den allgemeinsten Kostengrundsatz des Gesetzes enthält. Danach hat die unterliegende Partei die Kosten des Rechtsstreits zu tragen. Es fragt sich, wie ist diese Gesetzesstelle zu interpretieren. Dass der Gesetzgeber mit dem Unterliegen nur ein wirkliches Unterliegen meint, ist wohl selbstverständlich. Diese Erkenntnis fördert also die Lösung nicht. Weiter bedeutet es nichts als einen Streit um Worte, wenn man sagt, Unterliegen ist gleichbedeutend mit ohne Erfolg streiten oder mit Unrecht streiten, und gerade dieser Definition so grossen Wert beilegt. Dadurch, dass man den Begriff des Unterliegens nur in eine neue starre Wortformel giesst, erklärt man ihn nicht. Insbesondere ist die Gleichstellung des Begriffes Unterliegen mit ohne Erfolg streiten eine irreführende; denn nicht nur der Kläger, sondern auch der Beklagte streitet ohne Erfolg, wenn der Rechtsstreit

in der Hauptsache ohne Urteil erledigt wird; keine Partei erreicht, was sie begehrt, weder der Kläger die Verurteilung des Beklagten, noch der Beklagte die Abweisung des Klägers. Es würden also nach der Definition von Mannherz beide Parteien unterliegen, die Kosten demnach gleichmässig zu verteilen sein. Ferner ist Mannherz inkonsequent, wenn er den Begriff Unterliegen streng wörtlich in rein formell-prozessualem Sinne verstanden wissen will, und trotzdem die Erledigung durch Erfüllung des Anspruchs seitens des Beklagten als Unterliegen des letzteren ansieht. Gerade um nicht prozessual zu unterliegen, um nicht formell verurteilt zu werden, zahlt der Beklagte. Der Kläger ist allerdings zu seinem Rechte gekommen, er hat Erfolg gehabt, aber nicht durch den Ausspruch des Gerichts, sondern durch ein Ereignis, das ebenso ausserhalb des Prozesses liegt, wie eine zufällige Tatsache, die den Anspruch des Klägers vernichtet. Dass der Kläger mit der Erhebung der Klage die Gefahr des Prozesses trage, ist eine rein willkürliche Annahme. Die Gefahr des Prozesses trägt nicht schlechthin der Kläger, sondern tragen beide Parteien, indem sie das Gesetz von vornherein beiden Parteien dadurch auferlegt, dass derjenige sie endgültig trägt, der unterliegt. Der Sieger im Streite wälzt sie auf den Besiegten ab und es bleibt also immer noch festzustellen, wer unterlegen ist. Mit Mannherz hat dann auch Lazarus unrecht, wenn er, gleichfalls von einer grammatischen, also streng wörtlichen Auslegung des § 91 ausgehend, den Beklagten nicht nur dann als den Unterliegenden ansieht, wenn er in der Hauptsache verurteilt werde, sondern auch dann, wenn er in Anerkennung des Klaganspruchs erfülle, weil er sich dadurch selber als den Unterliegenden bekenne; denn auf die subjektive Auffassung der Parteien kommt es doch für die Frage, wer von ihnen unterlegen ist, nicht an, sondern auf die wirklich gegebene Sachlage und den Ausspruch des Gerichts. Folgerichtiger deduzieren deshalb Gaupp-Stein, die bei streng wörtlicher Auslegung des § 91 ein faktisches Unterliegen nur dann annehmen, wenn der Kläger abgewiesen oder der Beklagte verurteilt wird. Jedoch dürfte der von ihnen weiter vorge-

schlagene Weg, bei Erledigung ohne Urteil durch analoge Anwendung des § 93 zu einer der Billigkeit entsprechenden und deshalb befriedigenden Entscheidung zu kommen, bei dem Charakter des § 93 als einer Ausnahmevorschrift, auch nicht zu billigen sein. § 91 knüpft die Kostenlast an das rein prozessuale Moment des Unterliegens, gleichgültig, ob die unterliegende Partei etwa ein Verschulden im materiell-rechtlichen Sinne trifft. Dieses Verschuldensmoment verwertet aber der § 93, damit eine Ausnahme des in § 91 aufgestellten Prinzips statuierend; vgl. Lazarus, OLG. Hamburg in Rspr. 13, 93.

Damit erledigt sich auch die Auffassung Pfizers und Gmelins, also ob die §§ 91 und 93 aus demselben Grundgedanken abzuleiten seien. In beiden kommt vielmehr ein ganz verschiedenes Prinzip zum Ausdruck. Ist es nun aber richtig, dass bei Erledigung der Hauptsache ohne Urteil niemand als der Unterliegende anzusehen ist? Das führte konsequenterweise dazu, dass überhaupt keine Kostenentscheidung ergehen könnte. Nun setzt aber, wie aus § 628 bis zur Evidenz erhellt, der Gesetzgeber die Möglichkeit eines isolierten Kostenurteils voraus, wenn der Rechtsstreit in der Hauptsache als erledigt anzusehen ist. § 628 gilt aber nur als besondere Anwendung einer allgemeinen Regel, wie die Bestimmung des § 99, III beweist, wonach gegen das isolierte Kostenurteil das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde gegeben ist. Bei logischer sinngemässer Auslegung des § 91 kommt man aber auch zu einem anderen Ergebnis. Gerade die logische Interpretation dürfte aber in der juristischen Hermeneutik als die allein richtige Methode, das Gesetz auszulegen, anerkannt sein. Unterlegen ist im allgemeinen derjenige, der im Rechtsstreit entweder mit einer Klage abgewiesen oder zu einer Leistung verurteilt worden ist. Diesen Ausspruch fällt das Gericht aber doch nur, *weil* die dadurch ausdrücklich als unterliegend bezeichnete Partei materiell im Unrecht gewesen ist. *Das ist der innere wahre Grund des Unterliegens.* Er erzeugt den Ausspruch des Richters und stützt ihn und gibt zugleich den obersten Gesichtspunkt für die Kostenentscheidung.

Dort nun, wo das Gesetz selber eine Entscheidung in der Hauptsache inhibiert und anordnet, dass der Rechtsstreit insoweit als erledigt anzusehen sei, aber über den Kostenpunkt entschieden werden muss, ist jener Gesichtspunkt doch für die Kostenentscheidung nach wie vor anwendbar. Der Richter muss dann prüfen, zu wessen Ungunsten in der Hauptsache hätte entschieden werden müssen, wenn eine Entscheidung auch hierüber hätte ergehen können. Diese Partei ist dann durch die Feststellung des Richters die faktisch und wirklich unterlegene Partei, da es doch belanglos erscheint, dass diese Feststellung des Richters auch durch Urteil verkündet wird. Es genügt, dass sie inzidenter in der Kostenentscheidung zum Ausdruck kommt. Es ist deshalb auch gleichgültig, ob die Erledigung durch Erfüllung eingetreten ist, oder ein zufälliges Ereignis den Anspruch vernichtet hat; denn hätte das Urteil in der Hauptsache zugunsten des Klägers ausfallen müssen, dann wurde doch in allen Fällen die volle prozessuale Durchsetzung des Anspruchs in letzter Linie dadurch vereitelt, dass der Beklagte nicht rechtzeitig das tat, was die Rechtsordnung von ihm verlangte; hätte der Beklagte pflichtgemäss erfüllt, als der Kläger dies mit Fug und Recht erstmals von ihm verlangen konnte, dann hätte auch der Kläger in dem einen wie in dem anderen Falle keine Veranlassung gehabt, den Rechtsweg zu beschreiten.

In allen Fällen der Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache ohne Urteil hat also die — nur durch hypothetisches Urteil festzustellende — unterliegende Partei die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Die Theorie von Lazarus scheidet demnach aus, da schon eine vernunftgemässe Gesetzes a u s legung unmittelbar zum Ziele führt, eine analoge Gesetzes a n wendung also von selber entfällt. Auch die Theorie von Gaupp-Stein findet dadurch bereits ihre Erledigung, indem der Kläger als obsiegende, der Beklagte als unterliegende Partei erscheint, letzterer also mit den Kosten belastet wird und demzufolge für eine entsprechende Anwendung von § 93 kein Raum mehr ist.

Von der herrschenden Meinung aber weichen wir insofern ab, als es sich hier nicht um ein „hypothetisches Unterliegen", sondern um ein faktisches Unterliegen handelt, das nur in einem hypothetischen Urteil festgestellt wird, d. h. in einem Urteil, welches nicht verkündet wird, sondern nur die Unterlage für die Kostenentscheidung bilden soll.

Es bleibt noch die Frage zu erörtern, welcher Zeitpunkt für das hypothetische Urteil massgebend ist. Der Schluss der letzten mündlichen Verhandlung, also der Zeitpunkt der Urteilsfällung kann um deswillen nicht in Betracht kommen, weil dann bereits eine Entscheidung in der Hauptsache nicht mehr in Frage steht, sehr oft auch, z. B. bei beiderseitiger Erledigungserklärung, ein Antrag auf Entscheidung zur Hauptsache nicht mehr vorliegt. Der Zeitpunkt der Klagerhebung scheidet auch aus, weil das in manchen Fällen zu einem wenig befriedigenden Ergebnis führen würde, z. B. dann, wenn der Anspruch des Klägers erst im Lauf des Rechtsstreits fällig wird, der Beklagte aber noch eine Zeitlang die Leistung verweigert, indem alsdann der Kläger in die Kosten verurteilt werden müsste. Das Urteil muss vielmehr in die Zeit zurückverlegt werden, wo sich zuletzt noch die Anträge der Parteien mit Fug und Recht gegenüberstanden, in den Augenblick unmittelbar vor Eintritt des Erledigungsgrundes. Der Moment der Abgabe der Erledigungserklärung kommt also auch nicht in Betracht, da dieselbe verspätet abgegeben sein kann, worüber unten noch zu sprechen sein wird. Nun kommt es aber in der Praxis häufig vor, dass der Beklagte nach Zustellung der Klagschrift den Anspruch des Klägers aussergerichtlich anerkennt, auch zu zahlen verspricht, aber noch um einen kurzen Zahlungsausstand bittet, der ihm gewährt wird, und erst bei Ablauf der Frist wirklich zahlt. Dadurch ist jedenfalls der Anspruch des Klägers für die Zeit der Stundung nicht mehr, und demnach auch im Augenblick vor der Erfüllung, wenn dieselbe gleich bei Ablauf der Frist erfolgt, nicht begründet; denn durch den nachträglichen Stundungsvertrag wird die Erfüllungszeit hinausgeschoben, also dem Anspruch des Klägers die Fälligkeit

genommen, und es fehlt die Möglichkeit, ihn vorderhand klageweise zu verfolgen. Nun wäre es aber im höchsten Masse unbillig, ja widersinnig, wollte man dafür, dass der Kläger dem Beklagten ein Zahlungsziel gewährte, ihn nunmehr als den im Rechtsstreit Unterlegenen betrachten und deshalb die Kosten des Rechtsstreits zur Last legen.

Andererseits kann man aber auch nicht schon die Stundung, wenigstens nicht für sich allein, als das erledigende Ereignis betrachten; denn wenn der Beklagte nicht sofort bei Ablauf der Frist zahlt, ist der Anspruch des Klägers wieder in seinem ursprünglichen Inhalt wie bei Klagerhebung begründet und übrigens dann auch bei nachträglicher Erfüllung vor Urteil wieder der Beklagte als der Unterlegene anzusehen.

Wenn also auch der Rechtsstreit in der Hauptsache seine endgültige Erledigung erst findet durch die Erfüllung, so wird diese Erledigung aber doch schon eingeleitet durch den Stundungsvertrag. Er bewirkt gleichsam eine vorläufige Erledigung, und indem diese vorläufige Erledigung durch die rechtzeitige Zahlung ohne Unterbrechung in die endgültige hinübergeleitet wird, sind Stundung und Erfüllung als ein einheitlicher Erledigungsakt zu betrachten, so dass der Zeitpunkt unmittelbar vor der Stundung für das hypothetische Urteil massgebend ist.

Genau dasselbe muss gelten, wenn der Beklagte dem Kläger einen Wechsel über die eingeklagte Schuld ausstellt und den Wechsel rechtzeitig, z. B. nach drei Monaten, einlöst. Es liegt auch in diesem Falle eine endgültige materielle Erledigung des Anspruchs nicht vor. Der Wechsel wirkt im Zweifel nur akzessorisch, nicht novatorisch. Die Annahme eines Dreimonatsakzepts bedeutet nichts weiter, als eine Kreditgewährung für die genannte Zeit, ist also nur eine in besondere Form gekleidete Stundung. Erklärt der Kläger trotzdem vorzeitig die Hauptsache für erledigt, so kann seine Erklärung nur als Klagrücknahme aufgefasst werden, es sei denn, dass er sagt: „Ich erachte den Wechsel als Zahlung.“

4. Kapitel.

Die einzelnen Erledigungstatsachen, insbesondere die Aufrechnung und die Einwirkung der Aufhebung des Konkursverfahrens auf Anfechtungs- und ähnliche Konkursprozesse.

Die Erfüllung ist Erledigungsgrund, wenn sie erfolgt sowohl seitens des Beklagten als auch eines Dritten; denn nach § 267 BGB. kann, wenn der Schuldner nicht in Person zu leisten hat, auch ein Dritter die Leistung bewirken. Ebenso ist es grundsätzlich bedeutungslos, ob die Erfüllung geschieht in Anerkennung des Klaganspruchs oder nicht. Z. B. der Kläger begehrt Entfernung eines Baues mit der actio confessoria. Der Beklagte bestreitet die Grundgerechtigkeit, aber entfernt den Bau, weil er durch baupolizeiliche Verfügung dazu gezwungen wird. Insbesondere ist auch in beiden Fällen in einem hypothetischen Urteil zu prüfen, wer der Unterlegene ist. Nur ist letzterenfalls in eine Beweisaufnahme einzutreten, während die Anerkennung des Klaganspruchs den Beklagten von vornherein als den Unterlegenen erscheinen lässt.

Endlich ist noch eine dritte Möglichkeit gegeben: Der Beklagte zahlt, erkennt auch den materiellen Anspruch an sich als berechtigt an, verneint aber die Berechtigung zur Klage, etwa weil das Gericht unzuständig oder der Rechtsweg unzulässig sei. Auch hier ist in einem hypothetischen Urteil über die Einrede des Beklagten zu befinden. Die Erfüllung ist jedoch kein Erledigungsgrund, wenn der Beklagte bezahlt, um der Zwangsvollstreckung aus einem vorläufig vollstreckbaren Urteil zuvorzukommen, oder wenn der Gläubiger sich selber zwangsweise befriedigt. Hier liegt eben noch gar keine Erfüllung vor. Der Rechtsstreit geht auch in der Hauptsache weiter, und in der Berufungsinstanz muss über dieselbe erkannt werden. Der Kläger kann jetzt nicht einseitig für erledigt erklären. Sonst

wäre ja bei vorläufig vollstreckbaren Urteilen jedes Rechtsmittel illusorisch. Erklären aber beide Parteien in der Berufungsinstanz für erledigt, so will damit allerdings der Beklagte die Zwangszahlung als Erfüllung anerkennen. Alsdann ist aber auch erst die Erklärung, wie Lazarus richtig bemerkt, Erledigungsgrund.

Der Zahlung steht bezüglich ihrer erledigenden Wirkung die Hingabe an Erfüllungsstatt gleich. Bei der Aufrechnung ist jedoch zu unterscheiden. Rechnet der Beklagte mit einer Forderung auf, die erst n a c h der Erhebung der Klage entstanden ist oder aufrechenbar wurde, so kann der Kläger nunmehr sofort seinen Klaganspruch für erledigt erklären, und im hypothetischen Urteil ist über die Kostenfolge zu entscheiden. Rechnet dagegen der Beklagte mit einer Forderung auf, die bereits bei Prozessbeginn der Klagforderung aufrechenbar gegenüberstand, so muss die Erledigungserklärung als Klagrücknahme aufgefasst werden. Nach § 389 BGB. bewirkt die Aufrechnung, dass die Forderungen, soweit sie sich decken, als in dem Zeitpunkt erloschen gelten, in welchem sie zur Aufrechnung geeignet, einander gegenübergetreten sind. Der Klaganspruch muss also auch als von vornherein — schon bei Prozessbeginn — unbegründet gelten; vgl. R. E. 50, 387. Lazarus verwirft allerdings diese Auffassung des Reichsgerichts mit der Begründung, dass die rein privatrechtliche Rückwirkung doch die Tatsache nicht aus der Welt schaffen könne, dass der Klaganspruch bis zur Aufrechnungserklärung möglicherweise begründet gewesen sei. Allerdings kann das Gesetz mit seinen Fiktionen Tatsachen nicht aus der Welt schaffen. Aber hier kommt es nicht auf eine reine Tatsache an, sondern auf die privatrechtliche Wirkung, die eine bestimmte Tatsache ausübt. Das Gesetz bestimmt, die Aufrechnung hat rückwirkende Kraft. Durch sie wird ein materieller Anspruch retrotraktiv zum Erlöschen gebracht. Das aber ist bei der Erledigungserklärung das Entscheidende, ob eine ausserprozessuale Tatsache vorliegt, die den materiellrechtlichen Anspruch zum Erlöschen gebracht hat. Diese Frage kann aber

nur nach den Vorschriften des materiellen Rechts beantwortet werden, dessen Fiktionen also auch hier unbedingt Platz greifen. Diese Entscheidung ist auch durchaus nicht ungerecht. Der Kläger konnte ja selber aufrechnen. Es erscheint schikanös, dass er trotzdem die Forderung des Gegners einklagt und diesem Kosten machen will, obgleich er durch eigene Aufrechnungserklärung sich leicht und kostenlos befriedigen kann. Ist die Forderung von seiner Seite nicht aufrechenbar, hat z. B. der Gegner eine inkompensable Lohnforderung oder einen Anspruch aus Delikt gegen ihn, so gilt das gleiche. Auch dieser Standpunkt ist, wie anders Lazarus meint, durchaus nicht unbillig. Der Kläger kann und soll eben seine Gegner befriedigen, wie es seine Pflicht ist. Dann setzt er sich nicht der Gefahr aus, dass er nachträglich in die Kosten eines Prozesses verurteilt wird.

Rechnet der Beklagte mit einer Gegenforderung nur eventualiter auf, bestreitet er also in erster Linie die Klagforderung, so kann der Kläger gleichfalls die Hauptsache für erledigt erklären, gleichgültig, ob man sich dabei auf den Standpunkt stellt, dass durch die Eventualaufrechnung mit einer unstreitigen Gegenforderung die Klage ohne weitere Prüfung sofort abzuweisen oder der Prozess noch nicht zur Klagabweisung reif ist; jedenfalls steht fest, dass der Kläger abgewiesen wird und es muss ihm gestattet sein, nunmehr die Hauptsache für erledigt zu erklären, um, falls sein Anspruch begründet ist, die Kostenlast zu vermeiden. Ein Grund, die Eventualaufrechnung anders zu behandeln als die direkte Aufrechnung, ist nicht vorhanden. Allerdings hat die Erledigungserklärung hier auch nur eventuelle Bedeutung. Ist die Klage also unbegründet, wird der Kläger unter Kostenfolge abgewiesen.

Zahlreich sind die Fälle, in denen der Anspruch durch ein sonstiges kasuelles Ereignis erlöschen kann. Doch lassen sich dieselben unter gewissen einheitlichen Gesichtspunkten gruppieren. Zunächst kann eine materielle Erledigung des Anspruchs herbeigeführt werden durch ein unabhängig vom Parteiwillen eintretendes, also rein zufälliges Ereignis. Hier

sind wieder zwei Gruppen zu unterscheiden: Erlöschen durch Gesetzesänderung oder durch tatsächliche Vorgänge, z. B. Tod der Partei im Eheprozesse, Untergang der im Streit befangenen Sache, Versteigerung des Pfandobjektes, dessen Freigabe der Kläger im Interventionsprozesse verlangt; Erlöschen des Patentes während des Rechtsstreites. Nicht dahin gehört Erlöschen des Anspruchs durch Nichtigkeitserklärung des Patentes; denn diese Nichtigkeitserklärung wirkt zurück auf die Zeit v o r der Klagerhebung. Der Anspruch war also bereits vor Prozessbeginn erledigt und kann deshalb die Erledigungserklärung hier wiederum nur als Klagrücknahme aufgefasst werden.

Einer näheren Erörterung bedarf der Fall, dass der Konkursverwalter einen Anfechtungsprozess gegen eine Rechtshandlung des Gemeinschuldners angestrengt hat und während des Rechtsstreits ein Zwangsvergleich zustande kommt, infolgedessen der Konkurs aufgehoben wird. Hier ist zunächst zu prüfen, ob und inwieweit eine Erledigung des Anfechtungsprozesses eintritt und sodann die Frage der Kostenlast zu erörtern. Hellwig, Anspruch und Klagrecht, 1900, S. 262 ff., vertritt die Auffassung, dass infolge Aufhebung des Konkursverfahrens durch Zwangsvergleich die Masse aufhöre, als Sondervermögen zu existieren und es deshalb ausgeschlossen sei, dass der Verwalter den Prozess weiterführe. Entweder erlösche der Prozess wegen Wegfalls der Partei oder er werde von dem Gemeinschuldner fortgesetzt. Die erste Alternative sei ausgeschlossen, weil dem Gegner dadurch alle durch den begonnenen Prozess erlangten Vorteile entrissen würden. Nur der zweite Weg bleibe übrig. Der Anfechtungsprozess werde lediglich unterbrochen, bis er von dem Gemeinschuldner oder dem Gegner wieder aufgenommen werde. Eine Erledigung in der Hauptsache trete also nicht ein. Das Anfechtungsrecht als solches sei doch nicht Gegenstand des Feststellungsprozesses gewesen; seine frühere Existenz sei nur eine Vorfrage und es sei unerfindlich, weshalb ein solcher Prozess ohne Sachentscheidung enden solle. Die Beendigung des Konkursverfahrens habe vielmehr die Folge, dass die Nichtigkeit des Anfechtungsrechts

nun nicht mehr in Frage komme (sic!) und dass demgegenüber die vom Verwalter erhobene Klage gegenüber dem Gemeinschuldner zurückgewiesen werde, wenn sie jetzt unbegründet sei, und dass der klagende Gegner siege, wenn die Wirkung der Anfechtungserklärung nunmehr ausser Betracht bleibe. Auch die Kostenfrage mache dann keine Schwierigkeiten. Unterliege der Gemeinschuldner, so trage er die Kosten. Es sei kein Grund zu finden, weshalb er von Kostenlast befreit werden könne, weil in einem früheren Stadium der Gegner unterlegen sein würde. Der Grund, weshalb er jetzt unterliege, bestehe in der von ihm selbst herbeigeführten Veränderung der Rechtslage. Diese Auffassung Hellwigs erscheint jedoch bedenklich. Sie wird auch sonst nirgends geteilt, weder in Literatur noch in Rechtsprechung. Richtig ist, dass der Konkursverwalter den Prozess nicht weiterführen kann, aber nicht deshalb, weil die Konkursmasse aufgehört hätte, als Sondervermögen zu existieren. Damit unterstellt doch Hellwig zweifellos, dass dieses Sondervermögen im Prozesse als Partei auftrete, vertreten durch den Konkursverwalter. Dies ist jedoch eine irrige Auffassung. Zunächst stellt die Konkursmasse kein Sondervermögen im Rechtssinn dar, d. h. eine mit juristischer Persönlichkeit ausgestattete Vermögensmasse. Es ist das Vermögen des Gemeinschuldners, welches zur Zeit der Konkurseröffnung vorhanden ist, mit Ausnahme derjenigen Bestandteile, die der Zwangsvollstreckung nicht unterliegen. Eine besondere Rechtspersönlichkeit verleiht ihm das Gesetz nicht. Es tritt ja nach aussen rechtlich in die Erscheinung durch eine physische Person, den Eigentümer. Diese Rechtsbeziehung wird auch nicht untergraben dadurch, dass der Eigentümer Gemeinschuldner wird. Seine Gantschaft nimmt ihm nur die Verfügungsbefugnis. Infolgedessen ist insbesondere die Konkursmasse nicht Prozesspartei, vertreten durch den Konkursverwalter. Auch ist der Standpunkt Hellwigs, ein Erlöschen des Rechtsstreits in der Hauptsache deshalb abzulehnen, weil dem Gegner dadurch die Vorteile des Prozesses entrissen würden, nicht zu billigen; denn man kann doch nicht Rechts-

fragen entscheiden nach der Wirkung, die die betreffende Entscheidung in praxi unter Umständen auslöst. Zudem: Welche Vorteile werden dem Anfechtungsgegner durch Beendigung des Prozesses in der Hauptsache entrissen? Er bleibt vielmehr nun in ruhigem Genusse seiner durch die angefochtene Rechtshandlung erlangten Vorteile. Dann gibt Hellwig selber zu, dass das Anfechtungsrecht nicht mehr existiere, seine Nichtigkeit nun nicht mehr in Frage komme. Trotzdem will er kein Erlöschen in der Hauptsache, weil — die frühere Existenz nur eine Vorfrage sei. Aber doch eine sehr wichtige Vorfrage; denn mit seinem Wegfall wird auch der Anspruch vernichtet, der doch notwendig aus seinem Bestehen resultiert. Also ist auch der Gegenstand der Klage weggefallen, dieselbe also gegenstandslos geworden Der Standpunkt Hellwigs aber, dass Klaganspruch nur das Behaupten eines Rechtes bedeute, wurde oben bereits abgelehnt.

Aber nicht nur der Anspruch ist ganz und gar vernichtet, auch sein Träger und Repräsentant im Prozesse ist weggefallen, und zwar ohne Rechtsnachfolger. Denn nur das Amt des Konkursverwalters legitimierte diesen allein laut Gesetz, anzufechten, und niemand ist da, der in sein Amt sukzedierte. Das Amt selber ist ja durch die Konkursbeendigung hinfällig geworden. Die herrschende Meinung vertritt auch demzufolge den Standpunkt, dass der Anfechtungsprozess in der Hauptsache erlösche, dass er gegenstandslos werde. Vgl. Grosse, Gaupp-Stein, Lazarus, Mannherz, Gmelin, Skonietzky-Gelpcke, Jäger, Reichsgericht 58 S. 414 ff. Die Begründung dieser im Endergebnis richtigen Auffassung ist allerdings eine verschiedene. Grosse sieht den Grund in dem ersatzlosen Wegfall der Konkursmasse als Prozesspartei, der er ausdrücklich juristische Persönlichkeit zuerkennt. Das Anfechtungsrecht gehe weder auf den Kridar noch die Gläubiger über. Grosse sieht aber in der Konkursmasse, wie bereits bemerkt, mit Unrecht eine mit Rechtspersönlichkeit ausgestattete selbständige Vermögensmasse. Das Gesetz statuiert eine solche nicht. Parteistellung hat im Anfechtungsprozesse der Konkursverwalter,

aber nicht als Vertreter des Gemeinschuldners oder der Konkursmasse, oder der Konkursgläubiger; denn der Gemeinschuldner hat überhaupt keinen Teil am Anfechtungsrecht, welches vom Verwalter nur im Interesse der Konkursgläubiger ausgeübt wird; die Konkursmasse und die Gesamtheit der Gläubiger aber entbehren mit der Rechtspersönlichkeit und der Rechtsfähigkeit auch der Parteifähigkeit im Prozesse, so dass also auch von einer Stellvertretung keine Rede sein kann. Der Konkursverwalter ist vielmehr Inhaber seiner Parteistellung kraft eines ihm verliehenen, in sich selbständigen Amtes, das ihn auch mit eigener prozessualer Verfügungsbefugnis ausstattet; vgl. insbesondere R. E. 52, 330 ff., 58. 414 ff. Mit der Aufhebung des Konkurses hört das Amt des Konkursverwalters auf. Der Träger des Anfechtungsrechtes und des daraus resultierenden Klaganspruchs auf Nichtigkeitserklärung der angefochtenen Rechtshandlung fällt weg. Das Anfechtungsrecht selber erlischt auch, weil kein Konkurs mehr da ist, also auch keine Konkursgläubiger mehr, zu deren Gunsten es weiterhin geltendgemacht werden könnte. Es hat seine Voraussetzung und Grundlage verloren. Insbesondere tritt nicht der Gemeinschuldner in den Prozess ein. Im eigenen Namen kann er das Recht nicht geltend machen, da es nur relative Wirkung zugunsten der Konkursgläubiger erzeugt. Der Anfechtungsanspruch ist also vor allem nicht Massebestandteil, der nun wieder seiner freien Verfügung anheimfiele. Im Interesse der Gläubiger kann er das Recht aber auch nicht geltend machen, denn sie waren nie Partei und werden's auch nicht. Mit Fortfall des Konkurses haben sie begrifflich aufgehört zu existieren. Endlich legitimiert ihn auch das Gesetz zu einer solchen Stellvertretung nicht. Mit dem Erlöschen des Anspruchs und dem gleichzeitigen ersatzlosen Wegfall seines Repräsentanten ist das angefochtene Recht anfechtungsfrei, der Anfechtungsprozess demnach in der Hauptsache gegenstandslos geworden. Er ist nach Analogie des § 628 ZPO. als erledigt anzusehen. Der Kostenstreit geht jedoch weiter; denn über die Kosten muss entschieden werden; sie bleiben Prozess-

objekt. Die materiell gegebene Kostenerstattungspflicht des Anfechtungsgegners kommt nicht in Wegfall dadurch, dass der Prozess als solcher gegenstandslos wird. Sie bleibt ja auch in allen übrigen Fällen der Erledigung, und § 628 sagt ausdrücklich, dass der Rechtsstreit nur in der Hauptsache als erledigt anzusehen sei. Wer ist nunmehr legitimiert, den Kostenstreit weiterzuführen? Der Konkursverwalter zweifellos nicht, denn sein Amt ist erloschen. Dieses war aber allein die Quelle seiner Prozessführungsbefugnis. Infolgedessen kann aber auch nur der Gemeinschuldner in seine Parteistellung im Kostenstreit einrücken; denn er blieb Inhaber des materiellen Rechts, nämlich des privatrechtlichen Kostenerstattungsanspruchs. Nur war ihm für die Dauer des Konkurses die Dispositionsbefugnis genommen und dem Konkursverwalter übertragen. Er war gleichsam prozessunfähig geworden; vgl. auch Voigt. Er konnte seine Rechte nicht ausüben, weil das Gesetz es ihm verbot. An Stelle des Konkursverwalters kann aber nun, wie das Reichsgericht Bd. 52, 330—334 mit Recht ausführt, nachdem sein Amt erloschen, nur derjenige treten, der schon bisher Träger der Rechte und Verbindlichkeiten war und in demselben Augenblick auch die Befugnis wiedergewinnt, dieselben geltend zu machen, wo der Konkursverwalter diese Befugnis verliert. Der geltend zu machende Anspruch, um den es sich hier handelt, ist, wie bereits bemerkt, der privatrechtliche Erstattungsanspruch bezüglich der Prozesskosten, der allerdings bedingt ist durch den Ausgang des Prozesses. Solange der Konkurs dauert, ist er Masseforderung oder Masseschuld und muss sogar nach § 191, 1, 205 III KO. vor Ausantwortung der Masse an den Gemeinschuldner sichergestellt werden. Die Konkursmasse ist aber, wie bereits ausgeführt, keine juristische Persönlichkeit, vielmehr ist der Gemeinschuldner Gläubiger der dazugehörigen Forderungen, Schuldner ihrer Verpflichtungen, und auch die bestellte Sicherheit ist bis zu ihrem Verfall Vermögen des Gemeinschuldners. Er tritt somit in den Kostenstreit und damit in den Streit über das Schicksal der Sicherheitsleistung ein, sobald seine Befugnis zur Geltendmachung seiner Rechte

wieder auflebt. Eine Unterbrechung des Verfahrens tritt nicht ein. Über die Kosten ist nun nicht anders als wie in den übrigen Fällen der Erledigung zu entscheiden, d. h. in einem hypothetischen Urteil ist festzustellen, wer der Unterliegende ist. Mannherz, Gmelin und das Kammergericht wollen den früheren Gemeinschuldner unbedingt mit den Kosten belasten. Das Anfechtungsrecht sei zerstört, die Klage habe sich als erfolglos erwiesen. Vgl. Entsch. des Kammergerichts in Buschs Z. 23 S. 200 ff. Dies ist der Standpunkt, den Mannesherz und seine Schule in allen Fällen der Erledigung ohne Erfüllung bezüglich der Kostenfrage vertreten, und ist derselbe bereits im 3. Kapitel eingehend gewürdigt worden.

Ist auf Anerkennung einer Forderung als Konkursforderung geklagt, und wird dann das Konkursverfahren infolge Zwangsvergleichs aufgehoben, so hat dieser Rechtsstreit dasselbe Schicksal wie ein Anfechtungsprozess. Er erlischt in der Hauptsache; denn nur solange der Konkurs dauert, hat das Verlangen der Anerkennung einer Forderung als Konkursforderung einen vernünftigen Inhalt, da eine Zulassung zur Teilnahme am beendigten Konkurse nicht mehr in Frage kommen kann. Zudem dauert auch das Verwalteramt für die Masse nicht fort. Hier vertritt auch Hellwig (S. 265 ff.) unter Heranziehung des § 628 ZPO. den Standpunkt, dass der Prozess in der Hauptsache gegenstandslos werde, der Kostenstreit aber fortdauere. Jäger (2. Aufl. 1904, § 146, Anm. 28 ff.) unterscheidet dagegen, ob der Konkursverwalter oder ein Gläubiger der Widersprechende sei. Letzterenfalls verliere der Widerspruch des Gläubigers mit der Konkursbeendigung seine Bedeutung und die Feststellungsklage ihren Gegenstand, und nur über die Kosten werde weitergestritten; habe aber der Konkursverwalter widersprochen, so erledige sich der Rechtsstreit in der Hauptsache nicht; vielmehr trete der nunmehr wieder prozessfähig gewordene Gemeinschuldner in den ganzen Rechtsstreit ein; es trete keine Unterbrechung des Verfahrens ein; denn es sei ja auch kein Wechsel in den Subjekten des materiellen Schuldverhältnisses oder auch nur des Prozessrechtsverhält-

nisses eingetreten. Nur müsse der Feststellungsantrag auf Zahlung umgestellt werden. § 268 Ziff. 2 ZPO.

Diese Unterscheidung Jägers ist nicht zu billigen; denn im letzteren Falle handelt es sich doch nicht darum, ob dem Dritten überhaupt ein Anspruch gegen den Gemeinschuldner zusteht, sondern ob er befugt ist, einen Anspruch gegenüber der Konkursmasse geltend zu machen. Da nun aber mit Fortfall des Konkurses keine Masse mehr da ist, ihre Qualität als Konkursforderung nicht mehr in Frage kommen kann, ist damit auch der Streit in der Hauptsache erloschen.

Die vorstehenden Ausführungen gelten nur für die Fälle, in denen der Konkurs wegen Zwangsvergleich oder mangels genügender Masse aufgehoben wird.

Anders sind die Fälle zu beurteilen, in denen das Verfahren auf Grund Schlussverteilung aufgehoben wird. Hier wird der Prozess unter den bisherigen Parteien weitergeführt; denn hier wirkt der Konkurs noch insoweit nach, als eventuell Nachtragsverteilungen in Betracht kommen, für deren Bereich auch das Amt des Verwalters fortdauert, vgl. Jäger zu § 146, Anm. 28; Hellwig S. 265 ff., da durch die wirksam durchgeführte Anfechtung oder die siegreich durchgefochtene Widerspruchsklage noch nachträglich die Masse vermehrt bzw. der Kreis der Anteilsberechtigten zugunsten der übrigen vermindert wird. Insoweit ist also auch der Konkursverwalter noch im Amte und zur Prozessführung über die nach dieser Richtung strittigen Punkte nach wie vor befugt.

Bei der letzten Gruppe der Fälle endlich liegt das einheitliche, sie zusammenfassende Moment darin, dass das Erlöschen durch eine freiwillige Handlung einer Partei herbeigeführt wird, z. B. der Kläger klagt ein Hypothekenkapital ein. Während des Rechtsstreits veräussert er die Hypothek an einen Dritten. Nach § 325 II und § 265 III ZPO. ist er alsdann, Gutgläubigkeit des Erwerbers vorausgesetzt, nicht mehr befugt, den Anspruch weiter geltend zu machen und die Klage aufrecht zu halten; oder der Kläger vernichtet den Streitgegenstand; der Beklagte veräussert ein Grundstück an einen gutgläubigen

Dritten, nachdem versehentlich eine Hypothek gelöscht war und der Gläubiger auf Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs geklagt hatte. Auch diese Fälle sind analog allen übrigen zu behandeln. Bei Verschulden des Klägers will jedoch Lazarus die Erledigungserklärung als Klagrücknahme aufgefasst wissen. Dieser Auffassung ist jedoch nicht beizutreten. Liegen die Voraussetzungen einer echten Erledigungserklärung vor, so kann sie nicht aus dem Gesichtspunkt des Verschuldens als Klagrücknahme gedeutet werden. Das unterscheidende Kriterium kann doch nun nicht plötzlich in dem billigen oder unbilligen Ergebnis gefunden werden, sondern nur in der Sache selber. An dem einmal gewonnenen theoretisch einheitlichen Gesichtspunkt ist festzuhalten. Der grundsätzliche Standpunkt ist in allen Fällen derselbe. Zudem ist es durchaus nicht unbillig, wenn z. B. der Kläger selber die mit der rei vindicatio begehrte Sache vernichtet, nun in einem hypothetischen Urteil über die Kosten entscheiden zu lassen, weil doch bei Begründetsein der Klage der Beklagte den Rechtsstreit verloren und also auch die Kosten hätte tragen müssen. Der Kläger fügt also durch Vernichtung s e i n e r Sache dem Beklagten durchaus keinen Schaden zu. Ist die Sache nicht sein Eigentum, so wird er ja im hypothetischen Urteil unterliegen und in die Kosten verurteilt werden.

5. Kapitel.

Die Anwendbarkeit der sonstigen Bestimmungen des 5. Titels der ZPO., insbesondere des § 93.

Wie bereits oben bemerkt, enthält der § 91 ZPO. den allgemeinsten Kostengrundsatz des genannten Gesetzes. Da derselbe nach den Darlegungen des 3. und 4. Kapitels auch bei Erledigung des Rechtsstreits ohne Urteil unmittelbar zur Anwendung kommt, ist damit auch ohne weiteres die Anwendbarkeit der übrigen Kostenvorschriften der ZPO. bei Erledigung der Hauptsache ohne Urteil gegeben. Dieselben stellen lediglich Ausnahmen des § 91 dar. Neue allgemeine Grundsätze werden nicht mehr aufgestellt. Von besonderem Interesse ist hier der § 93, welcher dem Richter gestattet, trotz Unterliegens des Beklagten dem Kläger die Kosten aufzuerlegen, wenn der Beklagte nicht durch sein Verhalten Veranlassung zur Klage gegeben hat und den Anspruch sofort anerkennt. Gerade in dem wichtigsten Falle, der Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache, wenn nämlich die Erledigungserklärung durch Erfüllung des Klaganspruchs veranlasst ist, wird er oft eine grosse Rolle spielen und der Beklagte durch Bezugnahme auf ihn die Kostenlast auf den Kläger abzuwälzen suchen. Da bei fälligen Geldforderungen zu dem blossen Anerkenntnis seitens des Beklagten zur Anwendung des § 93 meist die sofortige Leistung durch den Beklagten hinzukommen muss, hat also in der grössten Mehrzahl der Fälle seiner Heranziehung eine Erledigung in der Hauptsache stattgefunden, und gerade dadurch ist erst seine Anwendung möglich. Die Frage, ob der Beklagte zur Klage Veranlassung gegeben hat, ist nicht gleichbedeutend mit der Frage, ob ein Klagrecht besteht; denn besteht ein solches nicht, z. B. der Kläger klagt eine noch nicht fällige Forderung ein, so ist die Klage abzuweisen. Durch blosse Nichtzahlung des Betrags am Fälligkeitstage veranlasst also der Schuldner noch nicht die Klage. Vgl. OLG. Posen, Rspr. 19, 71. Darüber nun, ob der Beklagte zu der an sich begründeten Klage Veran-

lassung gegeben hat, entscheidet das freie Ermessen des Gerichts. Vgl. Gaupp-Stein, Hellwig, v. Seuffert zu § 93. Das Verhalten des Beklagten muss so gewesen sein, dass er dadurch dem Gläubiger einen vernünftigen Grund zu der Annahme gab, er werde ohne Klagerhebung nicht zu seinem Rechte gelangen, seine Forderung nicht realisieren können; vgl. Gaupp-Stein, Hellwig, Förster-Kann, Warneyer zu § 93. Zu berücksichtigen sind bei der Beurteilung der gegebenen Sachlage das materielle Recht und die Anschauungen des Verkehrs. Ferner muss der Beklagte, um von Kosten freizubleiben, den Anspruch sofort anerkennen. Das Gesetz sagt nicht ausdrücklich, wie die Anerkennung zu erfolgen habe. Insbesondere ist der Erlass eines Anerkenntnisurteils keine Voraussetzung des § 93, denn sonst wäre bei Erledigung in der Hauptsache seine Anwendung überhaupt ausgeschlossen. Gaupp-Stein verstehen im allgemeinen unter Anerkenntnis im Sinn des § 98 die vor Gericht abgegebene Erklärung, dass der Anspruch begründet sei. Auch Förster-Kann und Skonietzky-Gelpcke genügt die ausserprozessuale Erklärung nicht. Sie verlangen gleichfalls in der mündlichen Verhandlung ein förmliches Anerkenntnis im Sinn des § 307 ZPO. Dies wird auch als Regel zu gelten haben. Unter Umständen genügt aber ein blosses Anerkenntnis nicht, nämlich dann nicht, wenn es sich um fällige Geldforderungen handelt. Hier kann man vernünftigerweise von Anerkennung nur dann reden, wenn der Anerkennung auch die Befriedigung folgt, der Beklagte also sofort zahlt. Anerkenntnis ohne Zahlungsbereitschaft ist kein Anerkenntnis; vgl. JW. 1900, 714; Rspr. der OLG. 15, 87; 19, 71; der Zahlung wird jedoch eine Stundung seitens des Klägers gleichzuachten sein, wenn der Beklagte spätestens bei Ablauf der Stundungsfrist wirklich zahlt. Andererseits wird aber auch die Zahlung bzw. eine Stundung allein schon als Anerkennung zu gelten haben, die mündliche Erklärung also ersetzen, wenn sie vor dem Termin und in Anerkennung des Klaganspruchs erfolgt; vgl. OLG. Dresden in Rspr. 5, 164; Kammerger in Rspr. 3, 435. Demgegenüber bringen mehrere Entscheidungen der Oberlandesgerichte, z. B.

Hamburg in Rspr. 17, 112, Breslau in 14, 163, zum Ausdruck, dass unter Anerkenntnis im Sinn des § 93 nur das prozessuale, in der mündlichen Verhandlung abgegebene ausdrückliche Anerkenntnis zu verstehen sei. Die bloss tatsächliche Anerkennung durch Klaglosstellung könne dem nicht gleichgestellt werden. Dies scheint aber zu weit gegangen. Da das Gesetz nicht bestimmt, wie das Anerkenntnis erfolgen müsse, so kann eine besondere Form, etwa nur die ausdrückliche Erklärung in der mündlichen Verhandlung, nicht vom Gesetz als einzige Möglichkeit des Anerkenntnisses gewollt sein. Es genügt daher, wie regelmässig zu jeder prozessualen Willenserklärung, eine schlüssige Handlung, die den Willen deutlich zum Ausdruck bringt. Also auch das stillschweigende Anerkenntnis ist ein Anerkenntnis im Sinne des § 93. Ein solches liegt aber stets vor, wenn der Beklagte vor dem Termin in Anerkennung des Anspruchs erfüllt. Endlich muss das Anerkenntnis ein sofortiges sein. Nur jenes Anerkenntnis ist ein sofortiges und schützt vor Kostenlast, das spätestens in demjenigen Termin unbedingt und vorbehaltlos abgegeben wird, in welchem der Kläger den Klagantrag stellt und die Erklärung seitens des Beklagten abgegeben werden konnte und musste. Dies wird regelmässig der erste mündliche Verhandlungstermin sein. Deshalb liegt kein sofortiges Anerkenntnis vor, wenn der Beklagte im ersten Termin nicht erscheint, Versäumnisurteil gegen ihn ergeht, und er erst im Einspruchstermin anerkennt. — So Skonietzky-Gelpcke und Warneyer, ferner Rspr. der OLG. 5, 163; 20, 302; Seuff. Arch. 57, 470.

Gaupp-Stein und Förster-Kann halten ein solches Anerkenntnis nicht für verspätet; erstere begründen ihre Ansicht damit, dass sie behaupten, durch den Einspruch werde ja doch der Prozess in die Lage vor Eintritt der Säumnis zurückversetzt. Letztere halten die Ansicht auch vom Billigkeitsstandpunkt aus für gerechtfertigt, weil der Beklagte zwar die Kosten des Rechtsstreits als solchen auf den Kläger abwälze, aber doch selber die Kosten des Versäumnisverfahrens tragen müsse.

Wenn auch durch den Einspruch der Prozess in seine frühere Lage zurückversetzt wird, so hat dies doch nur die prozessuale Bedeutung, dass der Rechtsstreit da fortgesetzt wird, wo er durch Erlass des Versäumnisurteils beendet worden ist. Nicht wird aber dadurch die Säumnis als solche aus der Welt geschafft, die vielmehr, z. B. bezüglich der Kostenfrage, noch fortwirkt, und ebenso auch ihre Wirkung nicht verliert bezüglich solcher Umstände, die mit dem Verfahren nicht unmittelbar und rein formell zusammenhängen. Deshalb kann auch die einmal versäumte Anerkennungserklärung nicht mehr rechtzeitig abgegeben, nicht mehr nachgeholt werden. Durch den Einspruch wird doch nicht der diesem folgende Termin der erste Termin zur mündlichen Verhandlung, den der Beklagte wahrnehmen und in dem er das Anerkenntnis abgeben konnte. Ferner liegt in der Klagerhebung eine Mahnung, und kommt bei fälliger Forderung der Schuldner spätestens mit diesem Zeitpunkt in Verzug. Zahlt er nun nicht sofort, so rechtfertigt er damit das Verhalten des Klägers und er kann nun nicht mehr geltend machen, dass er zur Klage keine Veranlassung gegeben habe.

Im Zusammenhang hiermit ist noch die Frage zu erörtern, ob nicht eine andere Verteilung der Kostenlast vorzunehmen ist, wenn der Kläger trotz Kenntnis von dem Eintritt eines Erledigungsgrundes die Erledigungserklärung verspätet abgibt. Lazarus will bei solch unkorrektem Verhalten des Klägers die verspätete Abgabe der Erklärung als Klagrücknahme behandelt wissen. Kennenmüssen stehe der Kenntnis gleich. Also sogar leichte Fahrlässigkeit solle dem Kläger schaden. Aber auch bei verspäteter Abgabe der Erledigungserklärung ist und bleibt sie echte Erledigungserklärung. Der Auffassung, sie nach dem eventuellen billigen oder unbilligen Ergebnis als echte Erledigungserklärung oder als Klagrücknahme zu werten, ist bereits oben entgegengetreten worden. Die echte Erledigungserklärung charakterisiert sich sachlich dadurch, dass dieselbe auf ein tatsächliches Erlöschen des Klaganspruchs gestützt wird. Der Zeitpunkt der Abgabe der Erklärung kann doch auf ihre begriff-

lichen Merkmale nicht abfärben. Zudem, wie will man in praxi den Moment, wann der Kläger Kenntnis von der ausserprozessualen Erledigung erlangt hat, immer einwandfrei feststellen, wo es sich um eine rein subjektive Tatsache, um ein inneres Erlebnis des Klägers handelt. Kühn ist insbesondere die Behauptung, das Kennenmüssen stehe der Kenntnis gleich. Der Begriff des Kennenmüssens ist unserer Prozessordnung fremd. Eine Übertragung materiellrechtlicher Begriffe auf das Prozessrecht ist aber ohne zwingende Gründe nicht angängig. Das Ergebnis ist allerdings insofern ein unerfreuliches, als bei Begründetheit der Klage der Beklagte die sämtlichen Kosten des Rechtsstreits tragen muss, auch diejenigen, die erst nach Eintritt der erledigenden Tatsache entstanden sind. Zu einer Kosten t r e n n u n g bietet aber das Gesetz keine Handhabe. Es fehlt an einer Vorschrift und die §§ 93 ff. des Gesetzes sind als Ausnahme vom Prinzip des § 91 einer analogen Ausdehnung nicht fähig. Dem Beklagten bleibt also keine andere Wahl, als die ihm vom Kläger dolos oder fahrlässig verursachten Kosten als Schadensersatzforderung geltend zu machen. Dies ist nun, wie oben bereits ausgeführt, nicht nur in einem neuen Prozesse möglich, sondern unter Umständen bereits in dem anhängigen Verfahren. Durch die Erledigung in der Hauptsache wird der Kostenerstattungsanspruch verselbständigt, d. h. er wird selber Hauptsache. Wenn nun der Beklagte beantragt, dem Kläger die nach Eintritt der Erledigungstatsache ihm schuldhaft verursachten Kosten aufzuerlegen, erscheint dieser Antrag als Klagabweisungsantrag verbunden mit einer Widerklage, da der Anspruch des Beklagten nicht nur die Verneinung des gegnerischen Anspruchs enthält, wie etwa die negative Feststellungsklage gegenüber der Verurteilungsklage, sondern auch gleichzeitig eine Leistung des Klägers verlangt. Es steht demzufolge nichts im Wege, der Widerklage stattzugeben, den Kläger also teils obsiegen, teils unterliegen zu lassen, d. h. die Kosten des Rechtsstreits dem Beklagten aufzuerlegen mit Ausnahme derjenigen, die durch die verspätete Erledigungserklärung entstanden sind; letztere fallen dem Kläger zur Last.

6. Kapitel.

Der Wortlaut der Entscheidung und ihre Bedeutung. Zulässige Rechtsmittel.

In der Praxis der Gerichte wird bei Erledigung ohne Urteil die Urteilsformel meist dahin gefasst: Die Hauptsache wird für erledigt erklärt. Der Beklagte — der Kläger — hat die Kosten des Rechtstreits zu tragen. Die weitaus überwiegende Mehrheit der Schriftsteller und auch das Reichsgericht wollen nun bei übereinstimmender Erledigungserklärung beider Parteien den entsprechenden richterlichen Ausspruch nicht als eine Entscheidung zur Hauptsache betrachten. Sie stelle nur das Ergebnis übereinstimmender Parteierklärungen fest. Der Ausspruch sei also rein deklaratorischer Natur, der lediglich die Bedeutung einer gerichtlichen Beurkundung habe und nur darüber Aufschluss gebe, warum über die Kosten allein erkannt werde; vgl. Gmelin, Salinger, Gaupp u. Stein, Lazarus, v. Seuffert, Förster-Kann, Gerson, Stölzel, R. E. 46, 347; JW. 1900, 493 u. 586; 1902, 183.

Die meisten Autoren gestatten jedoch, dass die Feststellung neben die Kostenentscheidung in die Urteilsformel aufgenommen werde. Stölzel empfiehlt dies sogar, der Deutlichkeit halber, um gleich ersichtlich zu machen, warum der Hauptantrag erschöpft sei. A. M. z. B. Gaupp-Stein. Bei einseitiger Erledigungserklärung aber, wenn also Streit über das Erlöschen des Klaganspruchs herrsche, sei die Erklärung in der Urteilsformel eine Entscheidung in der Hauptsache, eine Sachentscheidung. R. E. in JW. 1907, 162 u. 183; 1903, 238; Rspr. der OLG. 5, 466; 17, 314; 19, 76. Allerdings handle es sich nur um eine formelle Entscheidung, keine materielle, so insbesondere Lazarus. Entschieden werde, der Beklagte habe nicht

das Recht, Abweisung der Klage zu verlangen, nicht aber werde materiell auf den Klaganspruch eingegangen, insbesondere nicht entschieden, dass er bestanden und nachträglich beseitigt worden sei. Meines Erachtens sind beide Fälle in ihren Folgen bezüglich der Entscheidung sowohl was die Fassung als die materielle Bedeutung der Urteilsformel anlangt, gleich zu behandeln. Nach Analogie des § 628 ist bei Erlöschen des Klaganspruchs und Erledigungserklärung sowohl der einseitigen des Klägers oder des Beklagten als der übereinstimmenden beider Parteien der Rechtsstreit in der Hauptsache als erledigt anzusehen. Es erübrigt sich demnach in beiden Fällen eine Sachentscheidung; denn es sind doch auch die Voraussetzungen dieser fiktiven Erledigung in beiden Fällen dieselben. Es muss für den Richter feststehen, dass eine ausserprozessuale Erledigungstatsache eingetreten ist, die den Anspruch vernichtet hat. Bestreitet der Beklagte dies, so ist in eine Beweisaufnahme hierüber einzutreten; gibt der Beklagte oder umgekehrt der Kläger die Tatsache zu, ist eine solche nicht notwendig. Für den Ausgang des Rechtsstreits ist aber doch ganz gleichgültig, ob der Richter seine Überzeugung von dem Vorhandensein der seine Entscheidung beeinflussenden Tatsachen gewonnen hat durch ein Geständnis des Beklagten, das eine Beweisaufnahme unnötig macht, oder aber durch Beweiserhebung. Sobald aber für den Richter feststeht, dass der Hauptanspruch erloschen und damit die Erledigungserklärung begründet ist, hat er den Rechtsstreit als erledigt anzusehen. Eine Entscheidung in der Sache selber steht ihm nicht mehr zu. Der Rechtsstreit hat in der Hauptsache bereits ohne Urteil seine Erledigung gefunden. Aus dem Gesagten erhellt, dass infolgedessen auch die Feststellung, dass der Rechtsstreit in Ansehung der Hauptsache als erledigt anzusehen sei, nicht in die Urteilsformel aufgenommen werden darf. Nach § 300 hat das Gericht nur die Endentscheidung durch Endurteil zu erlassen. Was nicht Entscheidung ist, gehört also auch nicht in die Urteilsformel, sondern höchstens in die Urteilsgründe; das Urteil hat sich also in seiner Formel auf die Kostenentscheidung zu beschränken.

Unter Umständen kann allerdings die Erledigungserklärung des Klägers als Feststellungsantrag gemeint sein; vgl. Salinger und R. E. 27, 254; § 256 gestattet eine solche Feststellungsklage aber nur, wenn der Kläger ein rechtliches Interesse an der alsbaldigen Feststellung hat. Ob diese Voraussetzung gegeben ist, richtet sich nach den besonderen Umständen des einzelnen Falles. Das Kosteninteresse scheidet natürlich aus, da über die Kosten ohnedies entschieden wird.

Die Unterscheidung von Lazarus zwischen formeller und materieller Sachentscheidung ist rein willkürlich und entbehrt der realen gesetzlichen Grundlage. Jede Entscheidung des Gerichts, jedes Urteil hat einen materiellen Inhalt und muss einen solchen haben. Bloss formelle Entscheidungen sind ein in sich widerspruchsvoller Begriff. Jedes Urteil soll Recht schaffen zwischen den Parteien. Das ist sein materieller Inhalt. Es wird entweder bei der Leistungsklage der Beklagte zu einer Leistung verurteilt bzw. der Kläger mit seiner Klage abgewiesen oder bei der Feststellungsklage das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses bzw. die Echtheit oder Unechtheit einer Urkunde festgestellt oder endlich bei der Rechtsgestaltungsklage durch die richterliche Entscheidung unmittelbar ein neuer Rechtszustand geschaffen. Andere Möglichkeiten als Urteilsinhalt sind nicht vorhanden. Alle die genannten Urteile haben aber einen materiellen Inhalt. Ein rein formelles Urteil kennt die Zivilprozessordnung nicht.

In unserem Falle, d. h. bei Erledigung der Hauptsache, scheiden Rechtsgestaltungs- und Leistungsurteil aus. Es wäre nur ein Feststellungsurteil denkbar, für dessen Zulässigkeit aber, wie eben ausgeführt, besondere Voraussetzungen gegeben sein müssen, die im allgemeinen nicht vorliegen, und nur begründet sein können in den besonderen Umständen des einzelnen Falles.

Gegen die isolierte Kostenentscheidung ist als Rechtsmittel nur die sofortige Beschwerde nach § 99, III zulässig. Will aber eine Partei geltend machen, dass zu Unrecht keine Entscheidung ergangen sei, behauptet z. B. der Beklagte, es sei gar keine erledigende Tatsache eingetreten, der Anspruch sei aber

gänzlich unbegründet und müsse der Kläger abgewiesen werden, oder behauptet der Kläger, er habe sich nur bezüglich des Hauptanspruchs für befriedigt erklärt, nicht aber auch bezüglich der Zinsen, so greifen die gewöhnlichen Rechtsmittel Platz. Vgl. R. E. 46, 347; JW. 1900 S. 493, 586.

Von einer Ergänzung des Urteils könnte nur dann eine Rede sein, wenn der Richter vergessen hätte, eine Entscheidung in der Hauptsache oder über einen Teil der Hauptsache zu fällen.

7. Kapitel.

Die Erledigung des Rechtsstreits in der Berufungs- und Revisionsinstanz und nach Erlass eines Versäumnisurteils.

Da die Berufung eine vollständige Nachprüfung nicht nur in iure, sondern auch des gesamten Tatsachenmaterials bezweckt, so ist eine Erledigungserklärung auch noch in der Berufungsinstanz sehr wohl möglich. Die Bestimmung des § 99 ZPO., wonach die Kostenentscheidung allein nicht angreifbar ist, steht nicht im Wege; vgl. R. E. 15, 424, insbesondere 18, 418 ff.; Kammergericht in BuschsZ. 23, 200 ff.; Lazarus, Salinger. Allerdings unterscheidet das Reichsgericht, ob der Erledigungsgrund nach Einlegung der Berufung eingetreten ist, oder bereits vorher. Mit Recht führt das Reichsgericht für den ersten Fall aus: Die Zulässigkeit eines Rechtsmittels richte sich in erster Linie nach dem Zeitpunkt der Einlegung, d. h. der Zustellung des Berufungsschriftsatzes — nach der Novelle vom Jahre 1909 also nach dem Zeitpunkt seiner Einreichung —; daran ändere auch § 99 ZPO. nichts, der nur bestimme, dass die Einlegung des Rechtsmittels in der Hauptsache Bedingung sei für die Anfechtung der Kostenentscheidung. Sei also einmal die Berufung rechtsgültig eingelegt, also auch in der Hauptsache, so habe damit der Berufungskläger ein prozessualisches Recht erlangt. Es frage sich also nur, ob er durch die nachträglich eingetretene Erledigung dieses Rechtes verlustig gehe. Dies müsse aber verneint werden, wie ja auch die durch die Höhe des Beschwerdegegenstandes bedingte Zulässigkeit der Revision nicht berührt werde durch die Erledigung eines Teiles des im Streite befangenen Anspruchs. Vor allem könne auch in der Beschränkung des Berufungsantrags auf den Kostenpunkt kein Verzicht auf das in der Hauptsache eingelegte Rechtsmittel gefunden werden, wenn nach Einlegung des Rechtsmittels der Rechtsstreit sich in der Hauptsache durch Tilgung des Anspruchs oder sonst erledigt habe, sein Gegen-

stand selber also in Wegfall gekommen sei. Von einer Absonderung der Entscheidung in der Hauptsache und des Kostenpunktes könne also keine Rede sein. Vgl. auch R. E. 20, 430.

Ist dagegen der Erledigungsgrund bereits vor Einlegung der Berufung eingetreten, so versagt das Reichsgericht die Berufung. Allerdings macht dasselbe einen bedeutsamen Unterschied; vgl. Bd. 27 S. 367/68. Nur das formell unzulässige, nicht aber das aus sachlichen Gründen zurückzuweisende Rechtsmittel in der Hauptsache habe auch die Unzulässigkeit des damit in Ansehung des Kostenpunktes verbundenen Rechtsmittels zur Folge. Wenn also der Kläger den Erledigungsgrund selber anerkenne und trotzdem Berufung auch in der Hauptsache einlege, um dann sofort für erledigt zu erklären, dann hätte ja ein streitiger Anspruch in der Hauptsache nicht mehr bestanden, und der gleichwohl aufrecht erhaltene Anspruch verdiene als widerspruchsvoll keine Berücksichtigung. Der Berufungsantrag auf Abänderung des Kostenurteils sei infolgedessen als unzulässig zu verwerfen. Wenn aber der Anspruch in der Hauptsache von dem Kläger weiterverfolgt werde, auch wenn er in Wirklichkeit nicht mehr bestehe, so sei nur das Rechtsmittel als unbegründet zurückzuweisen; denn der Streit über den Anspruch habe bei Einlegung des Rechtsmittels, ja durch die ganze Berufungsinstanz hindurch fortbestanden, und über diesen Streit müsse entschieden werden; es könne nicht die Berufung nunmehr als unzulässig verworfen werden, nachdem sich der Richter von der tatsächlichen materiellen Erledigung des Hauptanspruchs überzeugt habe; denn die Zulässigkeit eines Rechtsmittels hänge nur von dem Vorhandensein eines streitigen Rechtsverhältnisses ab, nicht aber von dem wirklichen Bestehen des verfolgten Anspruchs. Vgl. auch R. E. 29, S. 381.

Meines Erachtens ist der Zeitpunkt des Erledigungsgrundes und seine eventuelle Anerkennung durch den Berufungskläger bedeutungslos. Es muss eine Berufung als zulässig erachtet werden, auch wenn der Erledigungsgrund bereits vor Einlegung der Berufung oder in der Vorinstanz eingetreten ist und nunmehr der Kläger oder der Beklagte Berufung einlegt mit dem

Antrag, die Hauptsache für erledigt zu erklären, über die Kosten aber in anderer Weise zu entscheiden, wenn also der Berufungskläger selber bereits bei Einlegung der Berufung die Hauptsache für erledigt erklärt.

§ 99 sagt, die Anfechtung der Entscheidung über den Kostenpunkt ist unzulässig, wenn nicht gegen die Entscheidung in der Hauptsache ein Rechtsmittel eingelegt wird. Der Zweck dieser Bestimmung ist klar. Der Gesetzgeber wollte verhindern, dass, wenn die Parteien sich über die Entscheidung in der Hauptsache beruhigen, der Rechtsstreit aus der Welt geschafft sein soll und nicht noch wegen des verhältnismässig geringen Prozesskostenobjektes weiter gestritten werde. Das Gesetz will also nicht, dass die Entscheidung über die Prozesskosten von der Hauptentscheidung losgerissen und isoliert für sich angegriffen werde.

Dieser Sachverhalt liegt aber dann nicht vor, wenn der Rechtsstreit in der Hauptsache erledigt ist und Berufung hinsichtlich der Kosten eingelegt wird mit der Erklärung, in der Hauptsache sei der Rechtsstreit erledigt; denn der § 99 setzt doch vernünftigerweise voraus, dass in der Hauptsache überhaupt noch ein Rechtsmittel möglich ist. Vor allem aber ist folgende Erwägung ausschlaggebend: Das Gesetz will doch nur verhüten, dass die Kostenentscheidung angegriffen werde, während man die Entscheidung in der Hauptsache anerkennt. Letzteres will aber der Berufungskläger mit der gleichzeitigen Erledigungserklärung durchaus nicht. Gerade weil er das Urteil in der Hauptsache nicht anerkennt, greift er die Kostenentscheidung an. Er will auch über sie nicht isoliert entschieden haben, sondern es soll in einem hypothetischen Urteil nochmals die Hauptsache geprüft werden, so dass die neue Kostenentscheidung inzidenter auch eine solche über die Hauptsache enthält und enthalten muss. Der Rechtsmittelkläger greift also nur rein äusserlich die Kostenentscheidung allein an; denn in seinem Antrag, die Hauptsache für erledigt zu betrachten, liegt doch auch ein Abänderungsantrag. Das Urteil erster Instanz soll keinen Bestand mehr haben, nicht rechtskräftig werden

können. Die Sache liegt doch im Grunde nicht anders, als wenn nach Einlegung der Berufung die Erledigungstatsache eintritt und der Kläger nun nicht mehr imstande ist, seinen ursprünglichen Berufungsantrag zur Hauptsache aufrechtzuerhalten, sondern gezwungen ist, den Antrag abzuändern. Das Reichsgericht sagt hier treffend, ein Verzicht auf das in der Hauptsache eingelegte Rechtsmittel liege darin nicht. Er kann eben den früheren Antrag nicht aufrecht halten. In unserem Falle ist's aber genau so. Der Rechtsmittelkläger kann nicht mehr beantragen, den Beklagten zur Leistung zu verurteilen; sein Anspruch ist vernichtet, erloschen, die Hauptsache erledigt. Aber das erste Urteil will er durchaus nicht anerkennen, das ihn z. B. abwies und darum mit den Kosten belastete. Nun ist ihm die Möglichkeit genommen, es unmittelbar anzugreifen. Deshalb muss es ihm gestattet sein, dasselbe wenigstens noch in seiner Folgewirkung auf die Kostenentscheidung anzugreifen. Für den Fall, dass die erledigende Tatsache nach dem Urteil erster Instanz, aber vor Einlegung der Berufung eintritt, oder dieselbe erst in diesem Zwischenstadium des Prozesses bekanntgeworden ist, bedeutet die Entscheidung des Reichsgerichts sogar eine offenbare Unbilligkeit. Aber sie ist auch für diese Fälle ausdrücklich festgehalten. Vgl. R. E. 45, 413.

Zudem ist der Standpunkt des Reichsgerichts auch nicht konsequent. Es will doch bei einseitiger Erledigungserklärung des Klägers den Ausspruch des Richters, dass der Rechtsstreit in der Hauptsache erledigt sei, als Entscheidung zur Hauptsache ansehen. Dann ist aber doch erst recht der Antrag des Klägers, für erledigt zu erklären, ein Abänderungsantrag, ein Rechtsmittel zur Hauptsache.

Die Wirkung der Erledigungserklärung ist in der Berufungsinstanz dieselbe wie in erster Instanz. Der Richter hat in einem hypothetischen Urteil zu prüfen, wie über die Hauptsache und damit auch über die Kosten kurz vor Eintritt des Erledigungsgrundes hätte entschieden werden müssen. Er ist also nicht etwa an das erstinstanzliche Urteil gebunden; denn der Berufungsantrag als solcher ist durch die Erledigungs-

erklärung nicht beschränkt. Im Gegenteil. Das erstinstanzliche Urteil wird in seinem ganzen Inhalt angefochten. Nur ist eine Abänderung in der Hauptsache nicht mehr notwendig, da dieselbe sich durch die Erledigung erübrigt.

Will nun der Berufungsrichter dieselbe Kostenentscheidung wie in erster Instanz fällen, ist die Berufung zurückzuweisen, andernfalls das erste Urteil abzuändern.

Ist die Berufung unstatthaft oder nicht in der gesetzlichen Form oder Frist eingelegt, so ist, auch wenn eine Erledigungserklärung vorliegt, die Berufung ohne weiteres Eingehen auf die Sache als unzulässig zu verwerfen und der Berufungskläger mit den Kosten zu belasten.

Fehlt es an einer Erledigungstatsache, so dass eine echte Erledigungserklärung nicht in Frage kommt, so liegt wiederum Klagrücknahme vor. Dies ist zweifellos dann der Fall, wenn nur der Beklagte Berufung eingelegt hatte. Aber auch bei Berufung bzw. Anschlussberufung durch den Kläger ist die Erledigungserklärung nicht bloss Zurücknahme der Berufung, sondern Klagrücknahme. Lazarus meint, wenn er keinen Antrag stelle, müsse man annehmen, dass er nur den zurücknehme, den er eigentlich stellen müsste. Aber die Sache liegt doch nicht so, als ob er überhaupt keinen Antrag mehr stelle. Er will jetzt die Hauptsache als erledigt angesehen haben, und darin liegt, wenn der Antrag ungerechtfertigt ist, auch in der Berufungsinstanz eine Klagrücknahme. Willigt allerdings der Beklagte nicht ein, so muss freilich die Berufung zurückgewiesen werden. Hatte nur der Beklagte Berufung eingelegt, dann ist bei Nichteinwilligung in die versteckte Klagrücknahme die Klage abzuweisen.

In der Revisionsinstanz ist die Abgabe einer Erledigungserklärung nicht mehr zulässig. Das Revisionsgericht hat nach § 561 seiner Beurteilung nur dasjenige mündliche Parteivorbringen zu unterziehen, welches aus dem Tatbestande des Berufungsurteils oder dem Sitzungsprotokoll ersichtlich ist. Selbst eine nachträgliche Gesetzesänderung bleibt unberücksichtigt. R. E. 45, 98 und 421.

Wird eine Erledigungserklärung trotzdem abgegeben, so bleibt sie unberücksichtigt, es sei denn, dass der Kläger damit nur die Revision oder die Klage zurücknehmen will.

Die Grundsätze über die Bedeutung der Erledigungserklärung sind entsprechend im Versäumnisverfahren anzuwenden. Erscheint z. B. der Beklagte in der mündlichen Verhandlung nicht und erklärt der Kläger die Hauptsache für erledigt mit der Behauptung, dass der Anspruch durch ein konkretes ausserprozessuales Ereignis erloschen sei, so ist letztere Behauptung nach § 331 ZPO. als zugestanden anzusehen; es ergeht nur noch Kostenurteil. Die einseitige Erledigungserklärung des Klägers im Versäumnisverfahren steht also insoweit der übereinstimmenden beiderseitigen Erklärung im ordentlichen Verfahren gleich.

Nun wird's in der Praxis nicht selten vorkommen, dass der Beklagte im ersten Termin nicht erscheint, dann aber nach Erlass eines Versäumnisurteils zahlt und im Einspruchstermin beide Parteien für erledigt erklären. Es fragt sich, ob hier nur Kostenurteil zu ergehen hat oder ob auch das Versäumnisurteil aufzuheben ist.

Nach § 343 ZPO. ist das Versäumnisurteil in dem neuen Urteil aufzuheben, insoweit die neue Entscheidung mit der im Versäumnisurteil enthaltenen nicht übereinstimmt. Lazarus vertritt die Ansicht, dass das Versäumnisurteil nicht aufzuheben sei, weil die Aufhebung eine Entscheidung zur Hauptsache bedeute und eine solche von den Parteien doch nicht gewollt werde; er beruft sich dabei auf § 536 ZPO., wonach das mit der Berufung angefochtene Urteil erster Instanz nur insoweit abgeändert werden dürfe, als eine Abänderung beantragt sei.

In der Sache selber darf das Gericht allerdings nicht mehr erkennen. Die Aufhebung eines Versäumnisurteils ist aber unabhängig von einem Parteiantrag. Dasselbe wird vielmehr laut Gesetz aufgehoben, wenn und insoweit die neue Entscheidung mit der früheren nicht übereinstimmt. In der im Versäumnisurteil enthaltenen Entscheidung ist der Beklagte in der Hauptsache verurteilt; in dem neuen Urteil ergeht eine Sach-

entscheidung überhaupt nicht; die neue Entscheidung stimmt also insoweit mit der früheren nicht überein und ist daher das Versäumnisurteil auch insoweit aufzuheben. § 536 kann nicht zum Vergleich herangezogen werden, da § 343 eine besondere Bestimmung enthält.

Über die Kosten ist in einem hypothetischen Urteil zu entscheiden. Unterliegt in demselben nicht der Beklagte, sondern der Kläger, oder wird er z. B. aus dem Gesichtspunkt des § 93 mit den Kosten belastet, so ist hier noch die Frage zu prüfen, ob dann nicht der Beklagte wenigstens die Kosten der Säumnis tragen muss. Grundsätzlich werden die sämtlichen Kosten des Rechtsstreits einseitig e i n e r Partei auferlegt, und zwar entweder nach § 91 der unterliegenden Partei, oder trotz Unterliegens des Beklagten dem Kläger, wenn der Beklagte zur Klage keine Veranlassung gegeben hat und den Anspruch sofort anerkannte. § 93.

Ausnahmsweise kennt aber das Gesetz auch verschiedene Fälle der sog. Kostentrennung; der einheitliche, allen Bestimmungen gemeinsame Grundgedanke ist der, dass jede Partei die von ihr unnötigerweise verursachten Kosten selber tragen müsse. Eine solche Durchbrechung des im § 91 bzw. 93 aufgestellten Prinzips enthält der § 95 ZPO., wonach diejenige Partei, die einen Termin versäumt, die dadurch verursachten Kosten zu tragen hat. Nur eine besondere Anwendung dieser Bestimmung ist die Auferlegung der Kosten des Versäumnisverfahrens an die säumige Partei gemäss § 344 ZPO.

Danach sind die durch die Versäumnis veranlassten Kosten der säumigen Partei auch dann aufzuerlegen, wenn infolge des Einspruchs eine abändernde Entscheidung erlassen wird, vorausgesetzt, dass das Versäumnisurteil in gesetzlicher Weise ergangen ist.

Die Anwendung des § 344 setzt also voraus, dass das Gericht infolge des Einspruchs von neuem über die Kosten zu entscheiden hat und der Gegner der säumigen Partei in die Kosten verurteilt wird. Alsdann hängt die Frage, wen die Kosten der Säumnis treffen, davon ab, ob das Urteil in gesetz-

licher oder in ungesetzlicher Weise ergangen ist. Im letzteren Falle sind sie mit den übrigen Kosten der Gegenpartei aufzuerlegen. Es findet alsdann keine Kostentrennung statt; es bewendet vielmehr bei den allgemeinen Vorschriften der §§ 91, 93 ZPO.

Ob das Urteil in gesetzlicher oder in ungesetzlicher Weise ergangen ist, kann nur nach prozessualen Grundsätzen entschieden werden; vgl. Rspr. OLG. 23, 177.

Ein Versäumnisurteil ist dann ungesetzlich erlassen worden, wenn ein solches nach dem Gesetz, d. h. nach den prozessualen Bestimmungen, nicht hätte ergehen dürfen. Es ist deshalb ein Urteil nicht schon ungesetzlich, wenn die dasselbe rechtfertigenden tatsächlichen Behauptungen der Wahrheit nicht entsprechen oder wissentlich falsch vorgebracht sind; denn bei Nichterscheinen des Beklagten werden die Behauptungen des Klägers als zugestanden angesehen, und insoweit sie den Klaganspruch rechtfertigen, sind sie geeignet, rein äusserlich die gesetzliche Grundlage eines Versäumnisurteils zu bilden. Auch ist nicht notwendig, dass die säumige Partei ein Verschulden trifft. Es genügt zum gesetzlichen Begriff der Terminsversäumnis die rein äussere objektive Tatsache des Nichterscheinens.

Dagegen ist das Versäumnisurteil dann als ungesetzlich anzusehen, wenn dasselbe unter Umständen ergangen ist, die ein Sachurteil überhaupt nicht rechtfertigen, die also zu einer absolutio ab instantia hätten führen müssen, z. B. weil es an einer absoluten, d. h. von Amts wegen zu prüfenden Prozessvoraussetzung fehlte. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die Klage nicht ordnungsmässig erhoben oder die säumige Partei nicht ordnungsmässig geladen war. Gleichgültig ist, ob das Nichtvorhandensein gesetzlicher Erfordernisse dem Gericht unbekannt geblieben ist bzw. erkennbar war oder nicht. Ein rein objektiver Massstab entscheidet. Vgl. Gaupp-Stein zu § 343; v. Seuffert, Warneyer, Petersen a. a. O.

Wie nun, wenn die Parteien vor dem ersten Verhandlungstermin persönlich einen Stundungsvertrag auf drei Monate abgeschlossen haben und nun doch im Termin auf Antrag des

von der Stundung nicht unterrichteten Anwalts des Klägers ein Versäumnisurteil gegen den Beklagten erwirkt wird, dieser rechtzeitig Einspruch einlegt, bei Ablauf der drei Monate zahlt und sodann beide Parteien die Hauptsache für erledigt erklären?

Ein Stundungsvertrag hat an sich nur materiellrechtliche Wirkungen, aber es ist wohl denkbar, dass die Parteien ihm auch rein prozessuale Bedeutung haben beimessen wollen, nämlich dass für die drei Monate der Stundung auch das Verfahren ruhen solle. In diesem Falle würde dem Versäumnisurteil gleichfalls die gesetzliche Grundlage ermangeln.

Die Vereinbarung, dass das Verfahren ruhen solle, ist ein prozessrechtlicher Vertrag, gültig, weil § 251 den Parteien ein Verfügungsrecht über das Verfahren nach dieser Richtung ausdrücklich einräumt. Eine besondere Form für die Vereinbarung schreibt das Gesetz nicht vor, auch enthält die Prozessordnung keine allgemeine Formvorschrift für prozessuale Willenserklärungen. Es ist demnach zur Gültigkeit und Wirksamkeit der Vereinbarung weder Erklärung in der mündlichen Verhandlung, noch Zustellung eines Schriftsatzes, noch auch Mitteilung an das Gericht erforderlich. Sie braucht nicht einmal ausdrücklich getroffen zu werden. Erklärung durch schlüssige Handlungen genügt. Vgl. Förster-Kann vor § 128, Anm. zu § 251; Hellwig § 7; Gaupp-Stein zu § 251; Skonietzky-Gelpcke, v. Seuffert, Petersen, Neukamp, Warneyer a. a. O.; R. Schmidt § 55.

Zweifellos ist nun die Vereinbarung der Prozessruhe wohl zu unterscheiden von der zivilrechtlichen Abrede der Stundung, die zur Abweisung der Klage führt; aber andererseits ist, wie Hellwig ausdrücklich betont, die Verbindung einer prozessualen Vereinbarung mit einem Privatrechtsgeschäft denkbar dergestalt, dass die beiden Vereinbarungen als Bestandteile eines einheitlich gemeinten Vertrags erscheinen. Es kann also unter Umständen die Stundungsabrede sehr wohl auch rein prozessuale Bedeutung haben, wie umgekehrt die Vereinbarung des Ruhens in das Gebiet des materiellen Rechts hinübergreifen kann. Die Tragweite, die die Parteien im einzelnen Fall ihrer

Erklärung nach dieser oder jener Richtung haben geben wollen, ist durch Auslegung festzustellen.

Wenn nun zwei Parteien nach Klagerhebung kurz vor dem ersten Verhandlungstermin einen Stundungsvertrag abschliessen, so muss derselbe zugleich auch dahin aufgefasst werden, dass für die Zeit der Stundung nicht verhandelt werden, das Verfahren also ruhen solle. Dies ist zweifellos die Absicht des Beklagten. Es muss aber auch angenommen werden, dass diese prozessuale Wirkung der Stundung auch vom Kläger gewollt ist; denn stunden und doch noch verhandeln wollen in sicherer Voraussicht des prozessualen Misserfolgs, wäre unvernünftig und widersinnig. Die Absicht des Klägers aber, durch die Stundung sich ein Versäumnisurteil zu erschleichen, kann unter dem Gesichtspunkt der Schikane eine Berücksichtigung nicht verdienen. Dass der Kläger den Stundungsvertrag abschliesst, der Anwalt aber das Versäumnisurteil erwirkt, ändert an dem Ergebnis nichts. Der Anwalt ist das alter ego der Partei. Seine Prozesshandlungen sind Prozesshandlungen der Partei. Auch unterliegt im Anwaltsprozess die Stundungsabrede und die darin enthaltene Vereinbarung des Ruhens des Prozesses, wenn sie aussergerichtlich getroffen wird, nicht dem Anwaltszwang.

Die Vereinbarung des Ruhens hat nun die Unwirksamkeit aller prozessualen Handlungen, auch der des Gerichts, zur Folge. Das Gesetz bestimmt dies zwar nicht ausdrücklich; dies ist nur geschehen für die Fälle der Unterbrechung und Aussetzung des Verfahrens. Aber Unterbrechung, Aussetzung und Ruhen des Verfahrens sind nichts weiter als ein Stillstand des Prozessbetriebs, der nur in den beiden ersten Fällen auf Gesetz und richterlicher Anordnung, im letzteren Falle auf Parteivereinbarung beruht. Die sich anknüpfenden Folgen müssen also auch in allen Fällen die gleichen sein, soweit sich nicht aus dem Gesetz selber Abweichungen ergeben. Es sind nun nicht nur die Prozesshandlungen der Parteien, die in Ansehung der Hauptsache vorgenommen werden, während der Unterbrechung, der Aussetzung und dem Ruhen des Verfahrens ohne rechtliche

Wirkung; die Unwirksamkeit muss trotz des scheinbar engen Wortlauts des § 249 auch für die Prozesshandlungen des Gerichts den Parteien gegenüber einschliesslich der Entscheidungen gelten. Vgl. Gaupp-Stein, Petersen u. a. zu § 249; R. E. 45, 326; 64, 362. Dies folgt nämlich unmittelbar aus Abs. 3 des § 249, wonach nur die Verkündung einer Entscheidung durch die Unterbrechung nicht gehindert ist, wenn letztere nach Schluss der mündlichen Verhandlung eingetreten ist.

Daraus nun, dass solche Entscheidungen unwirksam sind, folgt aber, dass sie nicht erlassen werden durften, dass sie gegen den Willen des Gesetzgebers, und deshalb, da die Unwirksamkeit rein auf prozessrechtlichen Normen beruht, in ungesetzlicher Weise im Sinn des § 344 ergangen sind. Die Kosten der Säumnis träfen also in dem genannten Falle den Beklagten.

8. Kapitel.

Schlussbetrachtung. Kurze Zusammenfassung der gewonnenen Ergebnisse.

1. Die fiktive Erledigung des § 628 ist nicht nur eine singuläre Vorschrift; sie ist vielmehr analog anwendbar auf alle Fälle eines nachträglichen Erlöschens des materiellen Klaganspruchs.

2. Wird der materielle Klaganspruch nur vernichtet durch Fortfall einer Klagvoraussetzung, ohne dass auch sein Repräsentant wegfällt, so bedarf es zur Herbeiführung der fiktiven Erledigung des Rechtsstreits noch einer besonderen prozessualen Parteierklärung, der Erklärung nämlich, dass der Klaganspruch durch ein ausserprozessuales Ereignis erloschen sei und demzufolge nunmehr beantragt werde, den Rechtsstreit in der Hauptsache als erledigt anzusehen.

3. Diese echte Erledigungserklärung ist weder Klagrücknahme noch Verzicht, sondern eine besondere prozessuale Willenserklärung von selbständiger Bedeutung und Wirkung. Eine solche liegt dann stets vor, wenn die Parteien eine Erledigungserklärung abgeben, weil der Anspruch materiell erloschen sei und dieses Erlöschen dem Gerichte dargetan wird durch Geständnis der Gegenseite oder durch Beweis. Gleichgültig ist, ob auch de facto der behauptete Erledigungsgrund vorhanden ist; denn für den Zivilprozess gilt das Prinzip der formellen Wahrheit, so dass also auch eine übereinstimmende objektiv falsche Sachdarstellung der Parteien für den Richter massgebend sein muss.

4. Die echte Erledigungserklärung hat drei Hauptwirkungen:

1. Die Herbeiführung der fiktiven Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache nach Analogie des § 628.

2. Den Fortgang des Kostenstreits im Gegensatze zu Klagrücknahme und Verzicht.

3. Das Erlöschen der Rechtshängigkeit der Hauptsache.

5. Die einseitige Erledigungserklärung des Klägers oder des Beklagten steht der übereinstimmenden Erledigungserklärung beider Parteien völlig gleich.

6. Über die Kosten ist in einem hypothetischen Urteil zu entscheiden, d. h. diejenige Partei hat sie zu tragen, die in einem hypothetischen Urteil als die unterliegende festgestellt wird. Ob der Erledigungsgrund in der Erfüllung seitens des Beklagten oder in einem kasuellen Ereignis besteht, ist für den Kostenstreit bedeutungslos.

7. Es ist also scharf zu unterscheiden zwischen dem — formell feststehenden — Vorhandensein einer Erledigungstatsache und der Begründetheit der Klage. Ersteres ist allein massgebend für die Frage, ob der Rechtsstreit in der Hauptsache als erledigt anzusehen ist, mag der Klaganspruch begründet sein oder nicht. Letztere Alternative wird erst von Bedeutung im Kostenstreit, wobei es dann umgekehrt nicht mehr interessiert, welcher Art die Erledigungstatsache ist.

8. Die Urteilsformel hat sich auf die Kostenentscheidung zu beschränken; denn der Ausspruch: Die Hauptsache ist erledigt, kann niemals eine Sachentscheidung darstellen, weder bei ein- noch beiderseitiger Erledigungserklärung. Er ist also bedeutungslos.

9. Die Erledigungserklärung kann auch noch in der Berufungsinstanz abgegeben werden, und zwar gleichgültig ob der Erledigungsgrund vor oder nach Einlegung der Berufung eingetreten ist. In der Revisionsinstanz kann jedoch eine Erledigungserklärung nicht mehr in Betracht kommen.

10. Dieselben Grundsätze, die für das ordentliche Verfahren gelten, gelten auch für das Versäumnisverfahren. Die einseitige Erledigungserklärung des Klägers ist hier der beiderseitigen gleichzuachten.